

ZUR HAFTUNGSPROBLEMATIK

BEI FERNWIRKUNGEN EINES SCHADENSEREIGNISSES

I. Die Fernwirkung von Schadensereignissen

II. Der Begriff des Schadens

III. Die Grundgesamtheiten des Schadenersatzes
- Art und Umfang des Schadensersatzes -
- Grundsätze der Haftung für Schäden -

A) Das Dogma vom Unschuldigen Täter

B) Das Konzept der Fahrlässigkeit

C) Das Prinzip der Verschuldung

D) Unterschied zwischen
unmittelbarem und mittelbarem Schaden

E) Die Größe des Schadens

F) Die Haftung für Schäden

IV. Zur Schadensberechnung nach § 249 BGB

V. Teil II des BGB

1. Abschnitt

vorgelegt von

Michael Hönig

1975

Referent: Professor Dr. Rother

Korreferent: Professor Dr. Hueck

Tag der mündlichen Prüfung: 12. Dezember 1975



I N H A L T S Ü B E R S I C H T

	Seiten
1. Teil A L L G E M E I N E G R U N D L A G E N	1
I. Die Fernwirkung von Schadensereignissen	1
II. Der Begriff des Schadens	2
III. Die Grundprinzipien des Schadensersatz- rechts des deutschen Bürgerlichen Ge- setzbuchs	4
A) Das Dogma vom Gläubigerinteresse	6
B) Das Enumerationsprinzip	6
C) Das Prinzip der Totalrestitution	7
D) Unterschiede zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung	8
E) Die Gründe für eine Schadensersatzver- pflichtung	9
F) Die Haftungssysteme anderer Rechtskreise	10
IV. Zur schadensersatzrechtlichen Terminologie	11
2. Teil Z U D E N E R S A T Z M Ö G L I C H - K E I T E N B E I F E R N W I R - K U N G S S C H Ä D E N	13
1. Abschnitt Z u m A u s g l e i c h v o n F e r n w i r k u n g s s c h ä d e n i m Z w e i p e r s o n e n v e r - h ä l t n i s	14
I. Der Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB	14
A) Die haftungsbegründende Kausalität	15
B) Die haftungsausfüllende Kausalität	16
C) Zur Ersatzfähigkeit der auf Fernwirkungen beruhenden Schäden	20
D) Zwei Einzelfälle des Ersatzes von Fernwirkungsschäden	22

1) Fernwirkungen auf einen Gewerbebetrieb	23
2) Der Schmerzensgeldanspruch bei Fernwirkungsschäden	23
E) Zusammenfassung	25
II. Der Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB	26
III. Der Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB	28
IV. Der vertragliche Schadensersatzanspruch	30
V. Die Gefährdungshaftungstatbestände	33
VI. Zusammenfassung	37
2. Abschnitt Zum Ausgleich von Fernwirkungsschäden im Mehrpersonenverhältnis	39
I. Zur systematischen Erfassung der Ersatzansprüche eines Drittbetroffenen	39
A) Die Einteilung in fünf Hauptgruppen	40
B) Die Einteilung in Schadensersatz- und Regreßansprüche	43
C) Die Unterscheidung zwischen Schadensumsetzung und Schadensverlagerung	45
D) Zur Darstellung	46
II. Der Anspruch des Dritten auf Ersatz unmittelbaren Schadens	47
A) Der Ersatzanspruch des Dritten aus § 823 Abs. 1 BGB	47
1. Der Ersatz von Schockschäden Dritter	47
a) Die Ausgangslage	47
b) Der ersatzfähige Schockschaden als unmittelbarer Schaden	48
c) Das verletzte Rechtsgut und das Erfordernis einer besonderen Verletzungsintensität	49

d) Die Zurechenbarkeit der Rechtsgutverletzung und der ersatzberechtigte Personenkreis	56
e) Der Umfang des zu ersetzenden Schadens	63
f) Die Berücksichtigung eines Mitverschuldens	64
g) Zusammenfassung	66
2. Die Beschädigung von Versorgungsleitungen und der Ersatzanspruch des Abnehmers aus § 823 Abs. 1 BGB	66
a) Die Ausgangslage	66
b) Die Eigentumsverletzung	67
c) Die Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	71
3. Die Vertragspflichtverletzung als unerlaubte Handlung gegenüber einem Dritten	77
a) Die Ausgangslage	77
b) Die Übernahme einer deliktischen Handlungspflicht	77
c) Der Anspruch des Dritten gegen den Übertragenden	84
d) Weitere Fallgestaltungen, in denen sich eine Vertragsverletzung als Delikt gegenüber einem Dritten darstellt	85
4. Zwei weitere problematische Fallgestaltungen	87
a) Die Nothilfe im Straßenverkehr	88
b) Drittbeeinträchtigungen anlässlich der Verfolgung eines Schädigers	92
B) Der Ersatzanspruch des Dritten aus § 823 Abs. 2 BGB	93
1. Allgemeine Grundlagen	93
2. Der Schutzgesetzcharakter der landesrechtlichen Kabelschutzbestimmungen	94
C) Der Ersatzanspruch des Dritten aus § 826 BGB	98
D) Der Ersatzanspruch des Dritten auf der Grundlage von Gefährdungshaftungstatbeständen	99
E) Der vertragliche Schadensersatzanspruch des Dritten	100

1. Allgemeine Grundlagen	100
2. Schadensersatzansprüche des Dritten beim echten Vertrag zugunsten Dritter	102
a) Gesetzlich geregelte Ersatzberechtigungen	103
b) Ersatzansprüche aus positiver Forderungsverletzung	106
III. Die Geltendmachung eines koinzidierenden Haftungsinteresses; ihre Bedeutung für den Ausgleich von Drittwirkungsschäden	109
A) Allgemeine Grundlagen	110
B) Die Geltendmachung eines koinzidierenden Haftungsinteresses beim Weiterwirken von Leistungsstörungen	112
C) Die an die Beziehungen zwischen den Beteiligten zu stellenden Anforderungen	114
1. Das Verhältnis des Ersatzberechtigten zum Dritten	114
2. Das Verhältnis des Ersatzberechtigten zum Schädiger	115
a) Der Grundsatz	115
b) Deliktische Gehilfenhaftung und Ersatz eines koinzidierenden Haftungsinteresses	115
aa) Die Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 BGB	116
bb) Die Haftung des Geschäftsherrn aus § 823 BGB	117
cc) Die Bedeutung der bei der Vornahme schadensgeneigter Arbeiten geltenden Grundsätze für den Ersatz des Koinzidenzinteresses	120
c) Vertragliche Gehilfenhaftung und Ersatz eines koinzidierenden Haftungsinteresses	124
3. Das Verhältnis des Dritten zum Schädiger	125
4. Zusammenfassung	126
D) Die Bedeutung von Haftungsverschärfungen und -beschränkungen für die Geltendmachung eines Koinzidenzinteresses	127

1. Die Rechtslage bei Haftungsverschärfungen	127
a) Allgemein geltende Regelungen	127
b) Bedingte Garantievereinbarungen zu Lasten des Schädigers	128
2. Die Rechtslage bei Haftungsbeschränkungen	133
a) Allgemeine Grundlagen	133
b) Die Rechtslage beim Weiterwirken von Leistungsstörungen	136
c) Der Ersatz von Vermögensschäden bei der Unterbrechung von Versorgungsleistungen	137
3. Bedingte Haftungsregelungen in Versorgungsverträgen	142
IV. Gesetzlich normierte Schadensersatzansprüche eines mittelbar Geschädigten	144
A) Der Ersatz mittelbaren Schadens im Recht der unerlaubten Handlungen	144
1. Die §§ 844, 845 BGB als gesetzliche Regelungen von Schadensverlagerungen	145
2. Zur Abhängigkeit der Ansprüche des Dritten von der Rechtsstellung des Erstbetroffenen	147
B) Der Ersatz mittelbaren Schadens außerhalb des Deliktsrechts	150
1. Die entsprechende Anwendung der §§ 844, 845 BGB im Vertragsrecht	150
2. Eigenständige Anspruchsgrundlagen, die dem § 844 BGB entsprechen	151
3. Der Schadensersatzanspruch des Dritten aus § 1298 Abs. 1 Satz 1 BGB	152
V. Der Regreß; seine Bedeutung für den Ausgleich von Drittwirkungsschäden	155
A) Regreß, Schadensumsetzung und Ersatz mittelbaren Schadens	155
1. Allgemeine Kennzeichnung des Rückgriffs	156
2. Der schadensersatzrechtliche Rückgriff	156
3. Regreß und Schadensumsetzung	157

4. Die Einordnung in das haftungsrechtliche System	159
a) Drittleistungen als Schaden	159
b) Regreß als zulässiger Ausgleich mittelbaren Schadens	160
B) Die Geltendmachung eines koinzidierenden Haftungsinteresses zum Zwecke des Rückgriffs	162
1. Die beschränkte Anwendbarkeit	162
2. Der Hauptanwendungsfall	163
3. Regreß und Abwälzung mittelbaren Schadens auf den eigentlichen Schädiger	164
C) Der gesetzliche Forderungsübergang zur Begründung einer Rückgriffsberechtigung	166
1. Der gesetzliche Forderungsübergang bei Drittleistungen	167
a) Die gesetzgeberische Grundentscheidung	167
b) Die Entscheidung über die Vorteilsanrechnung	168
2. Der gesetzliche Forderungsübergang nach § 426 Abs. 2 BGB	171
a) Die Voraussetzungen einer gesamtschuldnerischen Haftung	172
aa) § 421 Abs. 1 BGB	172
bb) Die zwei allgemeinen Kriterien der herrschenden Meinung	173
cc) Unechte und scheinbare Gesamtschulden	177
dd) Die Feststellung einer Gesamtschuld im Einzelfall	178
b) Das Verhältnis des § 426 Abs. 2 BGB zu den anderen eine cessio legis anordnenden Vorschriften	181
aa) Die Anordnung einer cessio legis bei Drittleistungen als gesetzlicher Anschluß eines Gesamtschuldverhältnisses	181
bb) Das Verhältnis zum Gläubiger	184

VII.

	Seiten
cc) Die Auswirkungen der Leistung des Rückgriffsberechtigten auf die Ansprüche des Geschädigten gegen die weiteren Schuldner	184
dd) Der Umfang der übergewehenden Ansprüche	186
3. Die analoge Anwendung der eine cessio legis anordnenden Normen	189
a) Der in der Nichtregelung liegende Gerechtigkeitsverstoß als Voraussetzung für eine zulässige Analogie	190
b) Zusammenfassung	193
D) Die Abtretung eines Schadensersatzanspruchs zwecks Begründung einer Rückgriffsberechtigung	195
1. Die Gehaltsfortzahlung an Angestellte	195
a) Der Erwerbsausfallschaden des Arbeitnehmers	196
b) Der Anspruch des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer auf Abtretung des Schadensersatzanspruchs	203
2. Die Fortzahlung der laufenden Bezüge eines Gesellschafters	205
3. Die Erbringung auf gesetzlicher Verpflichtung beruhender Unterhaltsleistungen	207
a) § 843 Abs. 4 BGB	208
b) Die Rückgriffsberechtigung des Unterhaltspflichtigen	210
aa) Ansprüche des Unterhaltspflichtigen aus den §§ 677 ff., 812 ff. BGB	210
bb) Der Zessionsregreß	211
4. Der Rückgriff eines Dritteleistenden gegen den Schädiger in sonstigen Fällen	213
5. Der Rückgriff eines Schädigers auf der Grundlage eines abgetretenen Anspruchs	215
a) § 255 BGB als gesetzlicher Ausgangspunkt	216
b) Die Voraussetzungen für eine Anwendung des § 255 BGB	217

aa) Der Verlust von Sachen im Sinne des § 255 BGB	217
bb) § 255 BGB und Gesamtschuldregreß	219
c) Der Anwendungsbereich des § 255 BGB	222
aa) Die Besitzentziehung	222
bb) Schadensersatzansprüche bei Beschädigung und Eigentumsverlust	224
cc) Bereicherungsansprüche aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB	229
d) Zusammenfassung	230
E) Eigene Aufwendungsersatzansprüche eines Ersatzleistenden als Rückgriffsgrundlage	232
1. Der Rückgriff auf der Grundlage der §§ 677ff., 812 ff. BGB	
2. Der Anspruch aus § 426 Abs. 1 BGB	233
VI. Drittschadensliquidation und Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte	234
A) Das Verhältnis von Beeinträchtigung und Anspruchsgrundlage in den bisher dargestellten Fällen der Drittwirkung eines Schadensereignisses	235
B) Die rechtliche Ausgangssituation bei der Zulassung der Drittschadensliquidation und der Anerkennung des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte	236
C) Die Drittschadensliquidation	239
1. Die Fallgestaltungen, bei denen eine Drittschadensliquidation zuzulassen ist	241
a) Die Drittschadensliquidation bei mittelbarer Stellvertretung	242
aa) Die herrschende Ansicht	243
bb) Die Feststellung eines eigenen Schadens des Verletzten als Ausgangspunkt für einen Drittschutz bei mittelbarer Stellvertretung	246

b) Die Drittschadensliquidation bei Treuhand- verhältnissen	248
aa) Die Abgrenzung zur Innehabung einer Obhutssposition und zur mittelbaren Stellvertretung	249
bb) Die Beeinträchtigung des Treuguts als haftungsbegründende Verletzung des Treugebers	253
cc) Zusammenfassung	259
c) Die Drittschadensliquidation bei obligatorischer Entlastung	260
aa) Die Ausgangslage	260
bb) Die Begründungsversuche der herrschenden Meinung	262
cc) Der eigene Schaden des obligatorisch Entlasteten	264
d) Die Drittschadensliquidation bei der Ver- letzung einer Obhutspflicht für eine gläubigerfremde Sache	269
aa) Die herrschende Ansicht	269
bb) Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte als Grundlage eines eigenen Ersatzen- spruchs des geschädigten Eigentümers	272
e) Weitere Fallgestaltungen, für die eine Dritt- schadensliquidation erwogen wird	280
aa) Drittschadensliquidation und Produzenten- haftung	281
bb) Die Drittschadensliquidation bei Veräußerungsketten	282
2. Zusammenfassung	285
D) Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte	285
1. Der Geltungsgrund für die Erstreckung vertraglicher Schutzpflichten auf Dritte	286
2. Der ersatzberechtigte Personenkreis	290
a) Die Bestimmung des Ersatzberechtigten bei Personenschäden	291

b) Die Bestimmung des Ersatzberechtigten bei Sachschäden	295
aa) Der vertragliche Ersatzanspruch eines unmittelbar besitzenden Dritten	296
bb) Eigene Ersatzansprüche eines Dritten bei unmittelbarem Besitz des Gläubigers oder des Schuldners	298
c) Der Ersatz von Vermögensschäden auf der Grundlage der personalen Erweiterung eines Schuldverhältnisses	306
3. Die Berücksichtigung eines Mitverschuldens des Gläubigers	310
3. Abschnitt Zur Systematik des Drittschadensausgleichs	314
I. Die drei Ebenen des Drittschadensausgleichs	317
II. Allgemeine Grundsätze des Drittschutzes in der Form des Ersatzes unmittelbaren Schadens	319
III. Grundprinzipien des Drittschutzes in der Form des Ersatzes unmittelbaren Schadens unter Umgehung einzelner gesetzlicher Bestimmungen	325
IV. Grundprinzipien des Drittschutzes in der Form des Ersatzes mittelbaren Schadens	332
V. Schlußbetrachtung: Das Prinzip des Drittschadensersatzes	344

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- | | |
|---|--|
| Altrock, Volker v. | Lohnfortzahlung und Schadensausgleich, Diss. Köln 1961 |
| Berg, Hans | Anmerkung zu BGH NJW 1968, 885, in NJW 1968, 1325 |
| - | Drittschadensliquidation und Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, in MDR 1969, 613 |
| - | Anmerkung zu LG Frankfurt NJW 1969, 2286, in NJW 1970, 515 |
| Blomeyer, Arwed | Allgemeines Schuldrecht, 4. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1969 |
| Böhmer, Emil | Zur Frage der Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse, in MDR 1960, 807 |
| - | Vertragliche Haftung ohne Vertrag?, in VersR 1960, 676 |
| - | Unzulässige Vermischung von Deliktsrecht und Vertragsrecht, in JR 1961, 17 |
| - | Künstliche Konstruktionen zur Umgehung des § 831 BGB, in MDR 1964, 968 |
| - | Verträge zum Nachteil Dritter, in JR 1965, 219 |
| - | Bedenkliche Konstruktionen einer Vertragshaftung, in JR 1966, 173 |
| Böhmer, Gustav | Anmerkung zu BGH JZ 1958, 742, in JZ 1958, 743 |
| Breithaupt | Anmerkung zu BGH NJW 1952, 1249, in BGH NJW 1953, 97 |
| Der Bundesminister der Justiz, der Bundesminister des Inneren | Reform des Staatshaftungsrechts "Kommissionsbericht" Bonn 1973 (zit.: Kommissionsbericht) |
| Bundesministerium der Justiz | Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, Band II, Begründung (zit.: Begründung zum Referentenentwurf) |

XII.

Bundesministerium der
Justiz

Referentenentwurf eines Gesetzes
zur Änderung und Ergänzung
schadensersatzrechtlicher Vor-
schriften, Bonn 1967 (zit.: Referenten-
entwurf)

Bydlinski, Franz

Probleme der Schadensverursachung
nach deutschem und österreichischem
Recht, Stuttgart 1964

Caemmerer, Ernst v.

Das Problem des Kausalzusammenhangs
im Privatrecht, Freiburg 1956
(zit.: v. Caemmerer, Kausalzu-
sammenhang)

- Wandlungen des Deliktsrechts,
in Hundert Jahre Deutsches
Rechtsleben, Festschrift zum
hundertjährigen Bestehen des
Deutschen Juristentages 1860-
1960, Band 2, Karlsruhe 1960,
S. 49-136 (zit.: v. Caemmerer,
Wandlungen des Deliktsrechts)

- Das Problem der überholenden
Kausalität im Schadensersatz-
recht, Karlsruhe 1962 (zit.:
v. Caemmerer, Überholende Kausalität)

- Das deutsche Schuldrecht und die
Rechtsvergleiche, in NJW 1956,
569

- Das Problem des Drittschadens-
ersatzes, in ZHR 127, 241

- Die Bedeutung des Schutzbereichs
einer Rechtsnorm für die Geltend-
machung von Schadensersatzan-
sprüchen aus Verkehrsunfällen,
in DAR 1970, 283

Canaris, Claus-Wilhelm

Das Verlöbniß als "gesetzliches"
Rechtsverhältnis, in AcP 165, 1

- Ansprüche wegen "positiver Vertrags-
verletzung" und "Schutzwirkung
für Dritte" bei nichtigen Ver-
trägen, in JZ 1965, 475

- Die Produzentenhaftung in dogmati-
scher und rechtspolitischer Sicht, in
JZ 1968, 494

- Die Vertrauenshaftung im deutschen
Privatrecht, München 1971

Cantzler, Klaus

Die Vorteilsausgleichung beim Scha-
densersatzanspruch, in AcP 156, 29

XIII.

- | | |
|-------------------|---|
| Dersch, Hermann | Anmerkung zu LAG Bremen RdA 1951, 75, in RdA 1951, 78 |
| - | Schadensersatz und Lohnanspruch bei Körperverletzung eines Arbeitnehmers durch Verschulden eines Dritten, in BB 1952, 891 |
| Deubner, Karl | Das mitwirkende Verschulden beim Fernwirkungsschaden, in NJW 1957, 1269 |
| - | Kausalität und Verantwortlichkeit - LG Hamburg, NJW 1969, 615, in JuS 1969, 561 |
| - | Rechtsanwendung und Billigkeitsbekenntnis - BGH, NJW 1971, 1883, in JuS 1971, 622 |
| Deutsch, Erwin | Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivilrecht, in NJW 1965, 1985 |
| - | Begrenzung der Haftung aus abstrakter Gefährdung wegen fehlender adäquater Kausalität?, in JZ 1966, 556 |
| - | Entwicklungstendenzen des Schadensrechts in Rechtsprechung und Wissenschaft, in JuS 1967, 152 |
| - | Anmerkung zu BGH JZ 1967, 639, in JZ 1967, 641 |
| - | Schmerzensgeld und Genugtuung, in JuS 1969, 197 |
| Diederichsen, Uwe | "Schadensersatz wegen Nichterfüllung" und Ersatz von Mangelfolgeschäden, in AcP 165, 150 |
| Diehle, Heinrich | Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung und Schadenseintritt beim Dritten. Zur Drittschadensliquidation bei Treuhand und mittelbarer Stellvertretung, Diss. Münster 1969 |
| Dietz, Rolf | Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, Bonn und Köln 1934 |
| - | Anmerkung zu LG Frankfurt NJW 1952, 589, in NJW 1952, 589 |
| Dilcher, Gerhard | Zu Begriff und Funktion der Gesamtschuld, in JZ 1967, 110 |

XIV.

Dilcher, Gerhard	Zum Gesamtschuldausgleich in Schadensersatzfällen, in JZ 1973, 199
Ehmann, Horst	Die Gesamtschuld, Berlin 1972
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1960
Erman, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 und 2, 5. Auflage, Münster 1972 (zit.: Erman-Bearbeiter)
Esser, Josef	Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1-Allgemeiner Teil, 4. Auflage Karlsruhe 1970 (zit.: Esser, Bd. 1); Band 2, Besonderer Teil, 4. Auflage, Karlsruhe 1971 (zit.: Esser, Bd. 2)
-	Zur Entwicklung der Lehre von der Vorteilsausgleichung, in MDR 1957, 522
Fabricius, Fritz	Der Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb - BGHZ 29, 65, in JuS 1961, 151
Fikentscher, Wolfgang	Schuldrecht, 4. Auflage, Berlin und New York 1973
Finzel, D.	Anmerkung zu OLG Hamm NJW 1973, 760, in NJW 1973, 761
Fischer, Hans Albert	Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1903
Frotz, Gerhard	Dogmatische Fortschritte im Verständnis der Regreßmethoden bei Schuldnermehrheit?, in JZ 1964, 665
-	Zur Ausgleichspflicht zwischen Architekt und Bauunternehmer, in NJW 1965, 1257
Gallas, Wilhelm	Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten, Heidelberg 1964

- Geigel, Reinhart und Robert Der Haftpflichtprozeß, 15. Auflage, München 1972
- Gernhuber, Joachim Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe, in Festschrift für Arthur Nikisch, Tübingen 1958, S. 249-274
- Gläubiger, Schuldner und Dritte, in JZ 1962, 553
- Haftung des Warenherstellers nach deutschem Recht, in Karlsruher Forum 1963, 1
- Glückert, Jürgen Schadensansprüche der Stromabnehmer bei Stromleitungsbeschädigungen, in AcP 166, 311
- Grunsky, Wolfgang Beteiligung mehrerer am Schuldverhältnis, in Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, Band 1, München 1974, S. 617-693
- Entgangene Urlaubszeit als Vermögensschaden, in NJW 1975, 609
- Hagen Horst Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik, Frankfurt a. M. 1971
- Fort- oder Fehlentwicklung des Schadensbegriffs? - BGH (GSZ), NJW 1968, 1823, in JuS 1969, 61
- Drittschadensliquidation bei "Gefahrenentlastung" ? - BGH, NJW 1970, 38, in JuS 1970, 442
- Hauß, Fritz Anmerkung zu BGH LM Nr. 16 zu § 823 BGB (Ai), ebenda
- Heck, Philipp Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
- Heiseke, Jürgen Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber dritten Personen, in NJW 1960, 77
- Helm, Johann Georg Haftung und Versicherung bei der Selbstaufopferung des Kraftfahrers im Straßenverkehr, in VersR 1968, 318
- Herkner, Walther Anmerkung zu BGH VersR 1971, 905 in VersR 1971, 1140
- Hippel, Eike v. Haftung für Schockschäden Dritter, in NJW 1965, 1890
- Honsell, Heinrich Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht, in JuS 1973, 69

- v. Hoyningen-Huene, Gerrick Zur Haftung des Versteigerers und Sachverständigen, in NJW 1975, 962
- Huber, Ulrich Normzwecktheorie und Adäquanztheorie, in JZ 1969, 677
- Hübner, Jürgen "Schadensverteilung" bei Schäden anlässlich der Verfolgung festzunehmender Personen durch Beamte - eine Wiederkehr der Culpa-Kompensation? OLG Düsseldorf, NJW 1973, 1929, in JuS 1974, 496
- Hueck, Alfred und Nipperdey, Hans-Carl Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band I, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt 1963
- Humborg, Franz-Egon Der geschützte Personenkreis beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, in VersR 1965, 940
- Kanno, Hansgeorg Gefährdungshaftung und rechtliche K₁analyse im Atomrecht, Düsseldorf 1967
- Kirchberger, Hans Die adäquate Ursache als Haftungsvoraussetzung, in NJW 1952, 1000
- Kluckhohn Zwei Fragen des Schadensersatzrechts, in AcP 111, 394
- Kollhosser, Helmut Lohnfortzahlung, Schadensersatz und Regreßinteressen beim Unfall eines Angestellten, in AcP 166, 277
- Lange, Heinrich Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, in AcP 156, 114
- Die Auswirkungen von Leistungsstörungen beim echten Vertrag zugunsten Dritter im Rechtsbereich des Dritten, in NJW 1965, 657
- Lange Hermann Empfiehlt es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadensersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt werden?, Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag, in Verhandlungen des dreißigsten Deutschen Juristentages, Band I, Tübingen 1960 (zit.: Hermann Lange, Gutachten)
- Zum Problem der überholenden Kausalität, in AcP 152, 153

- Umfang der Schadensersatzpflicht bei einem Verkehrsunfall; Methoden der Schadensbegrenzung - BGHZ 58, 162, in JuS 1973, 280
- Lange, Wolfgang Dieter Zur Abgrenzung des Vertrages zugunsten Dritter und der Drittschadensliquidation, Diss. Berlin 1956
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1969 (zit.: Larenz, Methodenlehre)
- Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Auflage, München 1972 (zit.: Larenz, Allgemeiner Teil)
- Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, München 1968 (zit.: Larenz, Bd. I, 9. Aufl.) und 10. Auflage, München 1970 (zit.: Larenz, Bd. I); Band II, Besonderer Teil, 10. Auflage, München 1972 (zit.: Larenz, Bd. II)
- Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung im Schadensersatzrecht, in Festschrift für Richard M. Honig, Göttingen 1970 S. 79-90 (zit.: Larenz, Objektive Zurechnung)
- Die Berücksichtigung hypothetischer Ursachen bei der Schadensermittlung, in NJW 1950, 487
- Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und "sozialer Kontakt", in MDR 1954, 515
- Tatzurechnung und "Unterbrechung des Kausalzusammenhanges", in NJW 1955, 1009
- Anmerkung zu BGH NJW 1956, 1193, in NJW 1956, 1193
- Anmerkung zu OLG München NJW 1956, 1719, in NJW 1956, 1719
- Anmerkung zu BGH NJW 1957, 1475, in NJW 1958, 627

- Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber dritten Personen, in NJW 1960, 78
- Die Notwendigkeit eines gegliederten Schadensbegriffs, in VersR 1963, 1
- Die Schadenshaftung nach dem Wasserhaushaltsgesetz im System der zivilrechtlichen Haftungsgründe, in VersR 1963, 593
- Die Prinzipien der Schadenszurechnung, in JuS 1965, 373
- Lehmann, Heinrich Anmerkung zu BGH NJW 1959, 479, in NJW 1959, 670
- Lindenmaier, Fritz Adäquate Ursache und nächste Ursache, in ZHR 113, 207
- Lorenz, Werner Rechtsvergleichendes zur Haftung des Warenherstellers und Lieferanten gegenüber Dritten, in Festschrift für Hermann Nottarp, Karlsruhe 1961, S. 59-89
- Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse - Grenzen zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung, in JZ 1960, 108
- Anmerkung zu BGH JZ 1961, 169, in JZ 1961, 170
- Fortschritte der Schuldrechtsdogmatik, in JZ 1961, 433
- Anmerkung zu BGH JZ 1964, 178, in JZ 1964, 179
- Anmerkung zu BGH JZ 1966, 141, in JZ 1966, 143
- Lübbe, Gerd Vertragsschutz Dritter und das allgemeine Haftungsrecht, Diss. Kiel 1964
- Machleid, Wilhelm Zur Vorteilsausgleichung im Schadensersatzrecht, in JZ 1952, 644
- Marschall v. Bieberstein, Wolfgang Frhr. Reflexschäden und Regreßrechte, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967
- Medicus, Dieter Bürgerliches Recht, 6. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1973

- Mertens, Hans Joachim Der Begriff des Vermögensschadens
im Bürgerlichen Recht, Stuttgart,
Berlin, Köln, Mainz 1967
- Michaelis, Karl Beiträge zur Gliederung und Weiter-
bildung des Schadensrechts, Fest-
schrift der Leipziger Juristen-
fakultät für Heinrich Siber,
Leipzig 1943, S. 185-370
- Mugdan, B. Die gesamten Materialien zum
Bürgerlichen Gesetzbuch für das
Deutsche Reich, II. Band, Recht
der Schuldverhältnisse, Berlin 1899
(zit.: Mugdan, Bd. II); IV. Band,
Familienrecht, Berlin 1899 (zit.:
Mugdan, Bd. IV)
- Neumann-Duesberg,
Horst Korrektur des Unmittelbarkeitsbe-
griffs beim Eingriff in den Gewerbe-
betrieb (§ 823 BGB), in NJW
1968, 1990
- Forderungsübergang auf den Arbeit-
geber bei Dritthaftung im Falle
der Gehaltsfortzahlung an Ange-
stellte, in BB 1960, 493
- Neuner, Robert Interesse und Vermögensschaden,
in AcP 133, 277
- Nipperdey, Hans Carl Zur Frage des Ersatzes des Dritt-
schadens, in ZAKDR 1938, 262
- Oertelt Der Schadensersatzanspruch des
mittelbar Geschädigten, in DJZ
1913, 799
- Oertmann, Paul Schädigungen Dritter aus Vertrags-
verletzungen, in LZ 1931, 201
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, 33. Auflage,
München 1974 (zit.: Palandt-Bearbeiter)
- Planck Kommentar zum Bürgerlichen Ge-
setzbuch, II. Band 1, Hälfte,
Recht der Schuldverhältnisse
(Allgemeiner Teil), 4. Auflage,
Berlin 1914 (zit.: Planck-Bearbeiter)
- Protokolle der Kommission für die zweite
Lesung des Entwurfs des Bürger-
lichen Gesetzbuchs, bearbeitet
von Achilles, Gebhard und Span, Band
I, Berlin 1897 (zit.: Prot. I) und
Band II, Berlin 1898 (zit.: Prot. II)

- | | |
|-----------------------------|---|
| Rabel, Ernst | Das Recht des Warenkaufs, 1. Band, Berlin und Leipzig 1936 |
| Raisch, Peter | Zur Begriffsbestimmung der Gesamtschuld, in JZ 1965, 703 |
| Raiser, Thomas | Adäquanztheorie und Haftung nach dem Schutzzweck der verletzten Norm, in JZ 1963, 462 |
| Reichsgerichtsrätekommentar | Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Auflage, Band I, Teil 1, Berlin 1959; Band I, Teil 2, Berlin 1960; Band II, Teil 1, Berlin 1959; Band II, Teil 2, Berlin 1960 (zit.: BGB-RGRK-Bearbeiter) |
| Reinecke, Horst | Schaden und Interesseneinbuße, Berlin 1968 |
| Reinhardt, Rudolf | Der Ersatz des Drittschadens, Mannheim, Berlin, Leipzig 1933 |
| Reinhardt-Erlinghagen | Die rechtsgeschäftliche Treuhand - ein Problem der Rechtsfortbildung, in JuS 1962, 41 |
| Reinicke, G. und D. | Zur Frage des Übergangs von Schadensersatzansprüchen auf Arbeitgeber und Versicherungsträger, in NJW 1953, 1243 |
| Rieger, Walter | Der Ersatzanspruch des mittelbar Geschädigten aus unerlaubter Handlung, in JW 1935, 1533 |
| Rother, Werner | Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, München und Berlin 1965 |
| Schmalzl, Max | Zur Problematik des § 616 Abs. 2 BGB, in NJW 1953, 445 |
| - | Anmerkung zu LG Mannheim NJW 1969, 2204, in NJW 1969, 2204 |
| Schmidt, Eike | Grundlagen des Haftungs- und Schadensrechts, in Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, Band 1, München 1974 |
| - | in Esser-Schmidt-Köndgen, Fälle und Lösungen nach höchstgerichtlichen Entscheidungen, BGB-Schuldrecht, 3. Auflage, Karlsruhe 1971, Fall 11, S. 48-58 (zit.: Eike Schmidt, Fälle und Lösungen) |

- Kompensation der Pflichtwidrigkeit durch nachfolgendes pflichtgemäßes Verhalten?, in VersR 1970, 395
- Schockschäden Dritter und adäquate Kausalität, in MDR 1971, 538
- Schwarz, Theo Die Grenzen deliktischer Verantwortlichkeit für Gesundheitsbeschädigungen in den Fällen freiwilliger Hilfeleistung, in JZ 1966, 162
- Selb, Walter Schadensbegriff und Regreßmethoden, Heidelberg 1963 (zit.: Selb, Studie)
- Ein Problem der "mittelbaren Schädigung" im deutschen und österreichischen bürgerlichen Recht, in Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, Heidelberg 1967, S. 259-265 (zit.: Selb, Mittelbare Schädigung)
- Entstehungsgeschichte und Tragweite des § 255 BGB, in Festschrift für Karl Larenz, München 1973 (zit.: Selb, § 255 BGB)
- Kritik formaler Drittschadensthesen, in NJW 1964, 1765
- Siebert, Wolfgang Schadensersatz und Lohnfortzahlung, in Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Heinrich Lehmann, II. Band, Berlin, Tübingen, Frankfurt a.M. 1956, S. 670-692
- Söllner, Alfred Mietvertragliche Sachmängelhaftung des Grundstückserwerbers gegenüber Dritten-BGHZ 49, 350, in JuS 1970, 159
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, Band 1, Allgemeiner Teil, 1967; Band 2, Schuldrecht I, 1967; Band 3, Schuldrecht II, 1969; Band 4, Sachenrecht, 1968 (zit.: Soergel-Bearbeiter)

- Staudinger, J.v. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Berlin 1957; II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1c, 10./11. Auflage, Berlin 1967; Band II, Teil 1 d, Lfg. 1, 10./11. Auflage, Berlin 1969; Band II, Teil 2, 11. Auflage, Berlin 1955; Band II, Teil 3, 11. Auflage, Berlin 1958; Band II, Teil 5, Lfg. 1, 10./11. Auflage, Berlin 1970; Band III, Sachenrecht, Teil 1, 11. Auflage, Berlin 1956; Band IV, Familienrecht, Teil 1, Lfg. 1, Berlin 1964 (zit.: Staudinger-Berarbeiter)
- Stoll, Hans Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, Tübingen 1958 (zit.: Stoll, Kausalzusammenhang)
- "The Wagon Mound" - eine neue Grundsatzentscheidung zum Kausalproblem im englischen Recht, in Vom Deutschen zum Europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, Band 1, Tübingen 1963, S. 371-399 (zit.: Stoll, "Wagon Mound")
- Täger, Hans Die Geltendmachung des Drittschadens, Heide i.Holst., 1938
- Tegethoff, Wilm Ersatzansprüche bei Beschädigung von Versorgungsleitungen, in BB 1964, 19
- Teigelkötter, Willy Produktionsausfall wegen Leitungsschäden, in BB 1963, 1081
- Thalheim, Eva Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung, Diss. Hamburg 1964
- Thiele, Wolfgang Gedanken zur Vorteilsausgleichung, in AcP 167, 193
- Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, in JZ 1967, 649
- Gesamtschuld und Gesamtschuldnerausgleich, in JuS 1969, 149
- Traeger, Ludwig Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, Marburg 1904
- Tuhr, Andreas v. Eigenes und fremdes Interesse bei Schadensersatz aus Verträgen, in GrünhutsZ 25, 529

Ulmer, Peter	Die deliktische Haftung aus der Übernahme von Handlungspflichten, in JZ 1969, 163
Wahl, Eduard	Vertragsansprüche Dritter im französischen Recht unter Vergleichung mit dem deutschen Recht dargestellt an Hand der Fälle der action directe, Berlin und Leipzig 1935
Walser, Rudolf	Der Umfang des auf den Arbeitgeber bzw. den Dienstherrn übergegangenen Schadensersatzanspruchs wegen Verdienstausfalls, in VersR 1961, 106
Weimar, Wilhelm	Für wen erfolgt die Geschäftsführung ohne Auftrag bei Hilfeleistung an Verkehrssopfern?, in MDR 1964, 821
-	Schreck- und Schockschäden bei Verkehrsunfällen, in MDR 1964, 987
-	Wann haftet ein Schadensstifter für Schockschäden Dritter, in MDR 1970, 565
Weitnauer, Hermann	Aktuelle Fragen des Haftungsrechts, in VersR 1970, 585
Wesenberg, Gerhard	Verträge zugunsten Dritter, Weimar 1949
Weyer, Friedhelm	Anmerkung zu LG Tübingen, NJW 1969, 558, in NJW 1969, 558
Wolf, Joseph Georg	Der Normzweck im Deliktsrecht, Göttingen 1962
Wussow, Werner	Das Unfallhaftpflichtrecht, 11. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1972
Zeuner, Albrecht	Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden, in AcP 163, 380
Zunft, Fritz	Erfüllungsgewähr und Vertrag zugunsten Dritter im Mietrecht, in AcP 153, 373

Wie ist das Vorliegen eines echten
Vertrages zugunsten Dritter mit
Schutzwirkung für Dritte fest-
zustellen?, in MDR 1960, 543

Soweit nichts anderes angemerkt ist, werden im folgenden Lehrbücher, Monographien, Dissertationen und Beiträge zu Festschriften nur mit dem Namen ihres Autors . zitiert.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.F.	alte Fassung
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
Art.	Artikel
AtomG	Atomgesetz
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht; Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAG-GS-	Bundesarbeitsgericht-Großer Senat-
BauO	Bauordnung
BayBO	Bayerische Bauordnung
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
Betrieb	Der Betrieb
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGH-GSZ-	Bundesgerichtshof-Großer Senat für Zivilsachen -

BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichts
bzw.	beziehungsweise
c.c.	Code civile(Frankreich)
DAR	Deutsches Autorecht
ders.	derselbe
Diss..	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DR	Deutsches Recht
EGBGB	Einführungsgesetz zum BGB
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
evtl.	eventuell
f., ff.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familien- recht
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GrünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von Grünhut

h.A.	herrschende Ansicht
Hess BauO	Hessische Bauordnung
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
insb.	insbesondere
i.S.d.	im Sinne des, der
i.V.m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Karlsruher Forum	Beihefte zu VersR
KO	Konkursordnung
LAG	Landesarbeitsgericht
LBO	Landesbauordnung
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
LohnfortzahlungsgG	Lohnfortzahlungsgesetz
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mot.	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OAG	Oberappellationsgericht
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit
OR	Obligationenrecht (Schweiz)
PflVG	Pflichtversicherungsgesetz
Prot.	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs
RdA	Recht der Arbeit
Rdnr.	Randnummer
Recht	Das Recht
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsrätekomentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RHG	Reichshaftpflichtgesetz
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
RVO	Reichsversicherungsordnung
S.	Seite
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SHG	Gesetz über die Haftpflicht der Eisen- bahnen und Straßenbahnen für Sach- schäden
sog.	sogenannte
StGB	Strafgesetzbuch
StHG	Entwurf eines Staatshaftpflichtge- setzes
StVG	Straßenverkehrsgesetz

u.a.	unter anderem
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
WarnR	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiet des Zivilrechts, her- ausgegeben von Warneyer
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
WM	Wertpapier-Mitteilungen
Württemb.BeamtenG	Württembergisches Beamtengesetz
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung

1. Teil

ALLGEMEINE GRUNDLAGEN

I. Die Fernwirkung von Schadensereignissen

Die ersatzrechtlichen Gestaltungen, die im folgenden zu behandeln sein werden, lassen sich wie folgt kennzeichnen: Ein schädigender Vorgang hat neben der Beeinträchtigung des an sich angegriffenen Rechtsguts weitere Schäden nach sich gezogen. Diese Auswirkungen eines Schadensereignisses - bzw., sollte in Einzelfällen ein primärer Schaden nicht feststellbar sein,¹⁾ eines Verletzungsereignisses²⁾ - beschränken sich nicht auf die Rechtssphäre des Geschädigten. Bedingt durch die mannigfaltigen Beziehungen rechtlicher und tatsächlicher Art, die zwischen einzelnen Rechtssubjekten bestehen, können sie vielmehr - insoweit als Folge einer Drittwirkung - auch in anderen Rechtssphären eintreten.

Die folgende Darstellung soll eine Gesamtschau der Ersatzberechtigungen geben, die zum Ausgleich der Schäden geeignet sind, die auf solchen Fern- und dabei insbesondere Drittwirkungen beruhen. Wegen der Fülle der damit angesprochenen Probleme gilt es hierbei in erster Linie, die heute vertretenen Lösungsmöglichkeiten in ihren wesentlichen Inhalten aufzuzeigen. Darüber hinaus sollen Gemeinsamkeiten und verbindende Linien gesucht werden.

Den gesetzlichen Ausgangspunkt der nachfolgenden Untersuchungen bildet das Schadensersatzrecht. Daß dieses jedoch - soweit es drittwirkende Schadensereignisse betrifft - nur einen Teilaspekt ausmacht, wird sich im Laufe der Darstellung erweisen.

Bevor jedoch den einzelnen Ersatzmöglichkeiten nachgegangen werden kann, sind einige Grundfragen zu klären, denen Bedeutung für das gesamte Ersatzsystem des Bürgerlichen Gesetzbuches zukommt. Am Anfang hat dabei jene nach dem Begriff des Schadens zu stehen.

1) So z.B. als Folge einer Vorteilsausgleichung; dazu, daß es sich dabei um eine Frage des Schadens handelt, vgl. Cantzler, AcP 156, 29, 31.

2) Auf die damit verbundene Unterscheidung zwischen haftungsbe gründender und haftungsausfüllender Kausalität wird eingegangen werden; vgl. dazu Larenz, Bd. I, S. 313, § 27, IIIa; Esser, Bd. 1, S. 298, § 44, I.

Schon in diesem Zusammenhang wird deutlich werden, daß das Schadensersatzrecht allein der angesprochenen Problematik nicht gerecht werden kann, sondern über seinen Anwendungsbereich hinaus die Eröffnung weiterer Ausgleichswege erforderlich ist.

II. Der Begriff des Schadens

Ausgangspunkt ist ein der Rechtsordnung vorgegebenes Verständnis des Schadens.³⁾ Er stellt sich im weitesten Sinne als Nachteil,⁴⁾ d.h. als die Folge einer ungünstigen Entwicklung im Bereich der dem Geschädigten zugeordneten⁵⁾ Rechtsgüter dar. Von dieser Frage nach dem Schaden muß man die nach der Ausgleichspflicht trennen. Allein sein Vorliegen, obwohl logische Voraussetzung ihres Bestehens, sagt nichts darüber aus, ob er auf ein anderes Rechtssubjekt abgewälzt werden kann. Denn zur Wiedergutmachung verpflichtet nur ein rechtlich ersatzfähiger Schaden. Nur solche Beeinträchtigungen, die durch Fremdverursachung - die Handlung des Inanspruchgenommenen ist *conditio sine qua non* des Erfolges⁶⁾ - und zuweilen eine bestimmte Art des verletzten Rechtsguts qualifiziert sind, erlangen für die Rechtsordnung Bedeutung. Sie sind, liegen die weiteren Voraussetzungen eines Ersatzanspruchs vor, auszugleichen.⁷⁾ Nicht zu ersetzende Schäden belasten den Rechtsträger.⁸⁾

Die Schadensfeststellung beinhaltet notwendig den Vergleich zweier unterschiedlicher Güterlagen, nämlich derjenigen, die jetzt ohne das schädigende Ereignis bestehen würde, mit der, die tatsächlich vorliegt.⁹⁾ Ihr Ausgangspunkt stimmt also mit

3) Vgl. Mertens S. 111.

4) So Larenz, Bd. I, S. 308, § 27, IIa; Zeuner, ACP 163, 380, 381 f. Es handelt sich hierbei um den natürlichen Schadensbegriff; vgl. Reinecke S. 17, der auf den Charakter des Schadens als Nichtseiendes hinweist.

5) Die Beeinträchtigung einer herrenlosen Sache führt mangels Zurechnungssubjekts nicht zu einem Schaden.

6) Hierbei handelt es sich um den naturwissenschaftlichen Ursachenbegriff, vgl. Larenz, Bd. I, S. 312, § 27, IIIa; da der Schädiger immer nur eine Bedingung des Erfolges setzt, ist der erkenntnistheoretische Ursachenbegriff unbrauchbar; vgl. Enneccerus-Lehmann S. 63 f., § 15, I; Cantzler, ACP 156, 29, 41.

7) Siehe hierzu Larenz, Bd. I, S. 309, § 27, IIa.

8) "casum sentit dominus"; vgl. zur Bedeutung dieses Satzes Esser, Bd. 1, S. 270, § 41, I 1; Fikentscher S. 262, § 50, I 2.

9) Vgl. statt aller v. Caemmerer, Überholende Kausalität, S. 5 f.

der von Mommsen¹⁰⁾ begründeten Differenzhypothese überein. Wenn es sich auch nicht leugnen läßt, daß unter Umständen die allein mit dieser natürlichen Betrachtungsweise gewonnenen Ergebnisse nicht mehr als sachgerecht angesehen werden können, daß vielmehr in einigen Fällen auf normative Berichtigungen zurückzugreifen ist,¹¹⁾ so hat sie doch im Grundsatz auch heute noch ihre Berechtigung.¹²⁾

Auf eine vertiefte Auseinandersetzung mit den heute vertretenen Theorien zum Schadensbegriff muß im übrigen an dieser Stelle verzichtet werden. Soweit es im Rahmen der Darstellung erforderlich erscheinen sollte, auf Abweichungen von der reinen Differenzhypothese einzugehen, so z.B. bei der Feststellung des Arbeitnehmerschadens trotz Lohnfortzahlung, soll dies im jeweiligen Zusammenhang erfolgen. Kurz erwähnt sei nur noch der gegliederte Schadensbegriff,¹³⁾ der im weiteren Verlauf für die Unterscheidung von Objekt- und Vermögensfolgeschaden Bedeutung erlangen wird.

Der Frage, ob der insoweit umrissene Begriff des Schadens alle auf Drittwirkungen eines Schadensereignisses beruhenden Beeinträchtigungen zu erfassen vermag, soll im Rahmen der folgenden Untersuchung nachgegangen werden. Eine nähere Kennzeichnung der in ihr enthaltenen Problemstellung erscheint erforderlich: Wirkt eine schädigende Handlung im Rechtsbereich des primär Angegriffenen fort, so werden kaum Zweifel daran aufkommen, daß man die dabei entstehenden Einbußen als Schäden anzusehen hat. Wurde dagegen ein Dritter dergestalt in Mitleidenschaft gezogen, daß er keine eigentlich fremdverursachten, nachteiligen Veränderungen insbesondere seines Vermögens hinzunehmen hat, sondern selbst einer durch den Schadenseintritt beim Erstverletzten bedingten

-
- 10) Friedrich Mommsen, Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855.
- 11) Vgl. zu den einzelnen Fallgestaltungen Palandt-Heinrichs Vorbem. 2c vor § 249; Erman-Sirp Rdnr. 7, 8 zu § 249; vgl. auch Mertens S. 50 ff.
- 12) Gegen eine Anwendung der Differenzmethode spricht sich Honsell, JuS 1973, 69, 74 aus; an ihre Stelle habe eine konkrete Betrachtung der einzelnen Schadensposten zu treten. Dagegen stellen Esser, Bd. 1, S. 270, § 47, I 1 und Mertens S. 50 ff., 80 ff. allein auf den natürlichen Schadensbegriff unter Ausschluß aller Wertungen ab.
- 13) Er hat seinen Ursprung bei Neuner, AcP 133, 277, 293 ff. und wurde von Larenz vom Kausalitätsproblem (so noch in NJW 1950, 487, 490 ff.) zur Schadensgliederung nach der Art des Schadens (vgl. VersR 1963, 1, 5 und Larenz, Bd. I, S. 311, § 27, II b 2) weiterentwickelt.

vertraglichen oder gesetzlichen Leistungspflicht nachkommt, erscheint im einzelnen klärungsbedürftig, ob man hier, vor allem unter dem Gesichtspunkt einer eventuell vorher erbrachten Gegenleistung des Empfängers, noch von einem Schaden sprechen kann. Denn wenn an sich auch eine negative Entwicklung festgestellt werden kann, so setzt doch der Schaden im eigentlichen Sinne nicht nur eine Einbuße sondern auch ein gewisses Moment der Unfreiwilligkeit, des "Erleidens" voraus.¹⁴⁾ Gerade daran könnte es hier aber fehlen.

Der damit verbundenen Unterscheidung zwischen Aufwendungen zur Schadensdeckung - und somit in der Regel zur Erfüllung von Verbindlichkeiten - und Schäden im engeren Sinne wird bei der im weiteren Verlauf darzustellenden Abgrenzung der Rückgriffs- von der Schadensersatzberechtigung vorrangige Bedeutung zukommen. Sie wird dort im einzelnen dargestellt werden.

III. Die Grundprinzipien des Schadensersatzrechts des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs

Der Ausgleich von Fernwirkungsschäden, also solcher Einbußen, die auf dem Weiterwirken eines Schadensereignisses beruhen, ist im Gesetz nur zugunsten eines Dritten- und auch insoweit nur für Ausnahmefälle - normiert. Liegt ein solcher nicht vor, kann nur auf die allgemeinen Haftungstatbestände abgestellt werden.¹⁵⁾

Zwar beinhaltet die Bestimmung des § 252 Satz 1 BGB die Regelung eines solchen Schadens (der erste schädigende Vorgang hat Auswirkungen auf das zukünftige Vermögen des Geschädigten), sie stellt jedoch keine eigenständige Ersatznorm dar. Es handelt sich vielmehr um eine Klarstellung der schon aus § 249 Abs. 1 BGB und damit dem Grundsatz der Naturalrestitution folgenden Pflicht, auch entgangenen Gewinn zu ersetzen,¹⁶⁾

14) So z.B. Larenz, Bd. I, S. 308, § 27, II a: Der Geschädigte "erleidet" einen Schaden; er hat die Einbuße "jedenfalls nicht eingeplant"; vgl. auch Blomeyer S. 164, § 32, I; zur Unfreiwilligkeit insbesondere Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann Rdnr. 6 zu § 670.

15) Vgl. die §§ 844, 845 BGB. Dazu, daß es sich hier um Ausnahmebestimmungen handelt, vgl. Enneccerus-Lehmann S. 1000 ff., § 249, II; Palandt-Thomas Anm. 1 zu § 844; Tägert S. 34. Auch die ausdrücklich geregelten Regressberechtigungen gehören in diesen Zusammenhang.

16) Vgl. z.B. BGB-RGRK-Nastelski Anm. 1 zu § 252; Staudinger-Werner Rdnr. 1 zu § 252; Erman-Sirp Rdnr. 1 zu § 252; a.A.

wenn die Voraussetzungen einer Schadensersatzpflicht festgestellt werden können.

Ebensowenig bietet § 252 Satz 2 BGB eine Anspruchsgrundlage. Darüber hinaus erlaubt diese Vorschrift auch nicht, allgemeine Schlußfolgerungen auf die Ersatzfähigkeit der auf Fernwirkungen beruhenden Schäden zu ziehen. Sie enthält nach herrschender Ansicht allein eine Beweiserleichterung für den Anspruchsteller,¹⁷⁾ die im Zusammenhang mit § 287 ZPO zu sehen ist¹⁸⁾.

Die Frage nach der Ersatzfähigkeit der Fernwirkungsschäden hängt somit, wenn man einmal von den oben angesprochenen Ausnahmebestimmungen absieht, aus denen sich keine allgemeinen Grundsätze herleiten lassen,¹⁹⁾ ausschließlich von den Anspruchsmöglichkeiten ab, die durch allgemeine Ersatzvorschriften eröffnet werden. Bevor diese jedoch im einzelnen dargestellt werden können, bedarf es einer Erläuterung des allgemeinen Haftungssystems des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Seinen im folgenden kurz zu skizzierenden Grundsätzen kommt entscheidende Bedeutung für die Eingrenzung des durch die einzelnen Haftungsnormen festgelegten Ersatzumfangs und damit gleichzeitig für die Feststellung des den jeweiligen Schädiger äußerstenfalls treffenden Risikos, in Anspruch genommen werden zu können, zu. Darüber hinaus werden sich die im folgenden dar-

Soergel-R. Schmidt Rdnr. 4 zu §§ 249-253, der annimmt, daß sich die Ersatzpflicht für entgangenen Gewinn nicht schon aus der Differenzhypothese des § 249 BGB ergebe.

17) So z.B. Palandt-Heinrichs Anm. 3a zu § 252; vgl. aus der Rechtsprechung BGH LM Nr. 5 zu § 252 BGB; BGHZ 29, 393, 398; BGH VRS 29, 411, 413; a.A. Staudinger-Werner Rdnr. 11 ff., 8 zu § 252, der § 252 BGB einen materiellrechtlichen Inhalt gibt, wobei durch "gesetzliche Fiktion" der Begriff des entgangenen Gewinns abgegrenzt werde. Nach Soergel-R. Schmidt Rdnr. 44 zu §§ 249-253 stellt § 252 Abs. 2 BGB "den Versuch dar, die Zurechnung von Schadensfolgen für den Fall des entgangenen Gewinns auf die Fälle adäquat verursachter Einbußen zu begrenzen".

18) Vgl. Soergel-R. Schmidt Rdnr. 44 zu §§ 249-253.

19) Das gilt außer für die §§ 844, 845 BGB auch für die §§ 426 BGB oder 1542 RVO bzw. 67 VVG; so auch schon Reinhardt S. 130 ff. Er geht auf sie nur insoweit ein, als er die von ihm gefundene Drittschadenslösung auf Übereinstimmung mit diesen Vorschriften hin prüft.

zustellenden Probleme verdeutlichen.

A) Das Dogma vom Gläubigerinteresse²⁰⁾

Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch geht davon aus, daß nur der Schaden desjenigen ersetzt wird, in dessen Rechtskreis auch in haftungsbegründender Weise eingegriffen wurde.²¹⁾ Das bedeutet im einzelnen: Macht der Verletzte einen Ersatzanspruch geltend, so kann er nur für den ihm selbst erwachsenen Schaden Ausgleich verlangen. Die Beeinträchtigung eines Dritten erlangt grundsätzlich nur dann ersatzrechtliche Bedeutung, wenn auch in bezug auf eben diesen Dritten die Voraussetzungen einer Schadensersatzverpflichtung festgestellt werden können.²²⁾ Die sich daraus ergebende Haftungsbegrenzung wird insbesondere im Zusammenhang mit dem nachfolgend darzustellenden Enumerationsprinzip von ausschlaggebender Bedeutung für das gesamte Ersetzsystem:²³⁾ Der reine Vermögensschaden eines mitbetroffenen Dritten ist, zumindest auf der Grundlage einer Schadensersatznorm, in der Regel nicht auszugleichen. Inwieweit andere Ersatzmöglichkeiten bestehen, soll im folgenden geklärt werden.

B) Das Enumerationsprinzip

Das deutsche Haftungsrecht kennt keinen allgemeinen Deliktstatbestand, der bei jeder (schuldhaften) Schädigung eine Ersatzpflicht anordnen würde. Ansprüche aus unerlaubter Handlung stehen, solange keine Sondertatbestände eingreifen, allein demjenigen zu, dessen durch die abschließende Regelung des § 823 Abs. 1 BGB ausdrücklich geschützte Rechtsgüter verletzt sind.²⁴⁾ Die Einschränkung wird nicht durch die Möglichkeit vertraglicher Schadensersatzberechtigungen ausgeglichen. Denn

20) Den Charakter als Dogma leugnet v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 242 f.; er sieht darin nur ein Ausnahmen zugängliches Prinzip der Rechtsordnung.

21) Vgl. statt aller Larenz, Bd. I, S. 326, § 27, IVa.

22) Diese Konsequenzen machen u.a. deutlich: Blomeyer S. 171, § 32, III 1; Esser, Bd. 1, S. 292, § 43, I; Eike Schmidt S. 605.

23) Darauf weist insbesondere Hagen S. 2 hin.

24) Vgl. hierzu etwa Erman-Sirp RdNr. 91 zu 249.

zwar kennt ein auf einem vertraglichen - bzw. gesetzlichen - Schuldverhältnis beruhender Schadensersatzanspruch keine generelle Einschränkung dergestalt, daß nur die Verletzung bestimmter Rechtsgüter zum Ausgleich verpflichten würde; er kann jedoch nur einem aus dem Vertrage Berechtigten oder Verpflichteten zugute kommen ²⁵⁾ und damit regelmäßig- mögliche Ausnahmen werden im folgenden aufgezeigt - nicht einem nur mitbetroffenen Dritten.

C) Das Prinzip der Totalrestitution

Weiterhin kennzeichnend für das Schadensersatzrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist die Tatsache, daß jeder verursachte Schaden, und zwar grundsätzlich ohne Rücksicht auf die Entfernung vom primären Verletzungsereignis, zu ersetzen ist. ²⁶⁾ Einschränkungen dieses Satzes werden darzustellen sein. Dieses Alles-oder-Nichts-Prinzip ist in § 249 Satz 1 BGB niedergelegt. ²⁷⁾ Es ist zugleich eine Folge der vorherrschenden Betrachtung des Schadensersatzes als Ausgleich. ²⁸⁾ Seine einzige Durchbrechung erfährt es in § 254 BGB; ²⁹⁾ für die Berücksichtigung poenaler Elemente, somit eine Proportionalisierung des Schadensersatzes nach dem Verschulden, ³⁰⁾ bleibt zumindest de lege lata kein Raum. ³¹⁾

Das Prinzip der Totalrestitution wird dadurch ermöglicht, daß in der Regel der Eintritt eines Schadens, und zwar auch dann, wenn Ersatz auf der Grundlage eines Verschuldenshaftungstatbestandes verlangt wird, nicht mehr von Verschulden mitumfaßt zu sein braucht. ³²⁾ Dies bedeutet für die häufigsten Fälle

25) Vgl. z.B. Soergel-R. Schmidt Rdnr. 93 zu §§ 249-253; v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 242.

26) Staudinger-Werner Vorbem. 12 zu §§ 249-255; Esser, Bd. 1, S. 267, § 40, II 3; Michaelis S. 203.

27) § 249 Satz 1 BGB spricht vom Ersatz der verursachten Schäden; siehe dazu Larenz, Bd. I, S. 313, § 27, IIIa; Erman-Sirp Rdnr. 9 zu § 249.

28) Larenz, Bd. I, S. 307, § 27, I.

29) Siehe z.B. Palandt-Heinrichs Anm. 1a zu § 254; vgl. auch Reinecke S. 207 f.

30) Esser, Bd. 1, S. 267, § 40, II 3.

31) Zu Gegenvorschlägen vgl. z.B. Hermann Lange, Gutachten, S. 33 ff.; vgl. auch § 255a des Referentenentwurfs. Eine Ausnahme besteht für Schmerzensgeldansprüche, die notwendig als "Genüßigung Süßhecharakter" haben. Esser, Bd. 1, S. 267, § 40.

der Ersatzverpflichtung, nämlich die einer Verschuldenshaftung, daß zwar der haftungsbegründende, nicht aber der haftungsausfüllende Kausalverlauf vorausgesehen oder zumindest voraussehbar gewesen sein muß.

Die Gefährdungshaftungstatbestände kennen im Gegensatz dazu überhaupt keinen Verschuldensbezug. Sie normieren jedoch an seiner Stelle in der Regel anderweitige Haftungsbeschränkungen, so z.B. Höchstbeträge.³³⁾

Das entgegengesetzte Extrem stellt § 826 BGB dar. Hier müssen ausnahmsweise nicht nur die Rechtsverletzungen, sondern auch die Schäden verschuldet sein. Nur soweit das auch für die letzteren festgestellt werden kann, hat ein Ausgleich stattzufinden.

D) Unterschiede zwischen deliktischer und vertraglicher Haftung

Daß insoweit der Kreis der jeweils geschützten Rechtsgüter und damit die jeweils relevanten haftungsbegründenden Verletzungsereignisse nicht übereinstimmen, wurde schon oben aufgezeigt. Daneben verdient insbesondere die unterschiedliche Regelung der Gehilfenhaftung Beachtung. Im Rahmen einer Sonderverbindung ordnet das Gesetz mit § 278 BGB ein unbedingtes Einstehenmüssen für das Verschulden des Gehilfen an.³⁴⁾ Dagegen kennt das Recht der unerlaubten Handlungen nur ein Einstehenmüssen für eigenes Verschulden bei der Auswahl von Hilfspersonen (§ 831 BGB), wobei eine widerlegbare Verschuldensvermutung besteht. Welche Anstrengungen unternommen wurden, um einem durch diese Diskrepanz benachteiligten Drittbetroffenen zu helfen, werden die nach-

32) Vgl. z.B. Soergel-R.Schmidt Rdnr. 16 zu §§ 249-253.

33) Siehe z.B. § 12 StVG.

34) Von der h.M. wird die Haftung des Geschäftsherrn als schuldlose Haftung gekennzeichnet; vgl. Staudinger-Werner Vorbem. 3 zu §§ 249-255; Böhmer, MDR 1960, 807. Erman-Battes Rdnr. 1 zu § 278 spricht von einer Durchbrechung des bei bestehenden Schuldverhältnissen geltenden Verschuldensprinzips. Palandt-Heinrichs Anm. 1 zu § 278 sieht in § 278 BGB die Statuierung einer Art Erfolgshaftung; vgl. auch BGHZ 17, 199, 207 mit dem Hinweis auf den Grundgedanken einer angemessenen Risikoverteilung; vgl. zur gesamten Problematik auch Larenz, Bd. I, S. 218 ff., § 20, VIII.

folgenden Untersuchungen verdeutlichen.

Bezüglich des ersatzberechtigten Personenkreises bestehen, abgesehen davon, daß nur ein Vertragspartner aus einem Schuldverhältnis berechtigt sein kann, beim Unterhaltsschaden und beim Ersatz entgangener Dienste Unterschiede (§§ 844, 845 BGB).³⁵⁾ Der Umfang der zu erbringenden Ersatzleistungen divergiert in erster Linie bezüglich des Schmerzensgeldes (§ 847 BGB). Daneben darf auch die Bedeutung der unterschiedlichen Regelung der Verjährung der Ersatzansprüche nicht unterschätzt werden (§ 195 BGB im Gegensatz zu § 852 BGB); vertragliche Schadensersatzforderungen unterliegen regelmäßig einer zehnmal längeren Verjährungsfrist als solche aus deliktischer Haftung.

E) Die Gründe für eine Schadensersatzverpflichtung

Larenz³⁶⁾ nennt vier Gründe für das Bestehen einer Pflicht, Schadensersatz zu leisten. Ihnen sollen alle Schadensersatzansprüche zugeordnet werden können. Es sind dies schlagwortartig: das Verschulden, die Zurechnung eines Schadensrisikos an den Nutznießer, die erlaubte Inanspruchnahme fremden Guts und die gesetzlich auferlegte Garantiepflicht, wozu insbesondere auch die Schaffung eines Vertrauenstatbestandes gehört.

Für den hier relevanten Zusammenhang ist dabei auf folgendes hinzuweisen: Diese Prinzipien³⁷⁾ dürfen nicht dahingehend mißverstanden werden, daß sie zur Bildung außergesetzlicher Haftungstatbestände legitimieren würden.³⁸⁾ Sie dienen vielmehr allein der Erfassung schon bestehender Ersatzmöglichkeiten. In Fällen, in denen etwa eine Drittbeeinträchtigung nicht auf gesetzlicher Grundlage ersetzt werden kann, vermag man auch nicht

35) Im Gegensatz zum Deliktsrecht werden diese Drittschäden im Vertragsrecht nur ausnahmsweise ersetzt (§ 618 Abs. 2 BGB).

36) Larenz, JuS 1965, 373, 374.

37) Den im wesentlichen gleichen sachlichen Inhalt haben die neun von Enneccerus-Lehmann S. 61, 14, IV b und die fünf von Esser, Bd. 1, S. 52 ff., § 8, I aufgestellten Zuordnungsgesichtspunkte.

38) So Larenz, JuS 1965, 373, 374.

mit ihrer Hilfe Anspruchsberechtigungen zu begründen.

F) Die Haftungssysteme anderer Rechtskreise

Beachtung muß, , um den für die hier zu erörternde Problematik wesentlichen Unterschied zum deutschen Recht herauszustellen, insbesondere den in anderen Rechtsordnungen normierten allgemeinen Deliktstatbeständen zukommen. Sie stellen sich z.B. mit Art. 1382 d.c., § 1293 ABGB oder Art. 41 OR als kennzeichnend für das französische, österreichische oder schweizer Haftungsrecht dar.

Die haftungsmäßigen Konsequenzen, die sich aus dem Dogma vom Gläubigerinteresse und dem Enumerationsprinzip für das deutsche Recht ergeben, hierbei insbesondere die unter Umständen unbillige Verweigerung eines Ersatzanspruchs für einen in seinem Vermögen beeinträchtigten Dritten, ist den Rechtssystemen, die einen allgemeinen Deliktstatbestand zur Verfügung haben, weitgehend unbekannt.³⁹⁾ Stattdessen tritt dort das Problem einer sachgerechten Haftungsbeschränkung mit noch größerer Schärfe als im Rahmen des Schadensersatzsystems des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs in den Vordergrund.

Grundsätzlich läßt sich bei einem Vergleich mit anderen Haftungssystemen jedoch folgendes feststellen: Die Schadensersatzansprüche, wie sie in den verschiedenen Rechtsordnungen als zulässig angesehen werden, decken sich nach den von Rechtsprechung und Lehre im einzelnen vorgenommenen Ausdehnungen und Restriktionen in ihrem jeweiligen Umfang weitgehend.⁴⁰⁾ Ergebnismäßige Unterschiede bei ihrer Anwendung beschränken sich mehr und mehr auf am Rande liegende Einzelfragen.

39) Siehe hierzu Hagen S. 2.

40) Vgl. zu den Ersatzansprüchen eines Dritten Marschall v. Bieberstein S. 180 ff.; zur Begrenzung des Kausalzusammenhangs vgl. Stoll, "Wagon Mound", S. 392.

IV. Zur schadensersatzrechtlichen Terminologie

Zum Abschluß der allgemeinen Erörterungen sind die im Verlauf der weiteren Darstellung zu verwendenden Begriffe zu erläutern und voneinander abzugrenzen. Auszugehen ist dabei von der Unterscheidung zwischen Objekt- und Vermögensfolgeschaden.⁴¹⁾ Ersterer ergibt sich aus einem Vergleich des verletzten Rechtsguts mit seinem unversehrten Zustand. Der Vermögensfolgeschaden schließt sich im Vermögen des Geschädigten an den Objektschaden an.⁴²⁾ Die überkommene Terminologie, die Bezeichnung als unmittelbarer und mittelbarer Schaden,⁴³⁾ soll in diesem Zusammenhang aufgegeben werden. Sie begründet die Gefahr von Verwechslungen mit den Begriffen der unmittelbaren und mittelbaren Verursachung (hier soll im folgenden das Begriffspaar "direkt" und "indirekt" Anwendung finden⁴⁴⁾) und der unmittelbar und mittelbar Geschädigten bzw. deren unmittelbaren und mittelbaren Schäden (diese Bezeichnungen sollen mit einem noch zu erläuternden Inhalt beibehalten werden).⁴⁵⁾

Als mittelbar Geschädigter, im Gegensatz zum unmittelbar Geschädigten, wird im folgenden derjenige zu bezeichnen sein, der nur "gleichsam von der bei einem anderen hervorgerufenen Rechtsverletzung etwas abbekommen hat"⁴⁶⁾.⁴⁷⁾

41) Diese Begriffsbildung geht zurück auf Larenz, Bd. I, S. 311, § 27, II b 3 und Esser, Bd. 1, S. 271, § 41, I 3; letzterer spricht gleichbedeutend von Substanz- und Vermögensfolgeschaden.

42) Diese Unterscheidung wird man auch nicht als überflüssig anzusehen haben; so aber Staudinger-Werner Vorbem. 12 zu §§ 249-255. Daran ändern auch mögliche Schwierigkeiten bei der Abgrenzung nichts.

43) Vgl. z.B. Neuner, AcP 133, 277, 307, 311; Ausgangspunkt war der gegliederte Schadensbegriff, vgl. oben II, S. 3 insb. FN. 13.

44) Den Begriff der direkten Verursachung verwendet auch RG JW 1903, 30 Nr. 31; vgl. auch Rabel S. 491 ("indirekter Schaden").

45) Vgl. zu einer solchen Begriffsverwirrung - insbesondere dann, wenn es an einer kongruenten Bezeichnung von Schäden und Geschädigten fehlt - Erman-Sirp RdNr. 9 zu § 249.

46) Esser, Bd. 1, S. 271, § 41, I 3.

47) Auch das Reichsgericht hat die Unterscheidung zwischen unmittelbar und mittelbar Geschädigten - vgl. RGZ 133, 270, 272; 157, 11, 13 - und unmittelbarem und mittelbarem Schaden - vgl. RGZ 162, 321, 322 - in diesem Sinne getroffen.

Mittelbar Geschädigter und damit mit einem mittelbaren Schaden belastet ist daher derjenige, der zwar beeinträchtigt ist, dessen durch § 823 Abs. 1 BGB oder andere deliktsrechtliche Normen geschützte Rechtsgüter jedoch nicht verletzt sind, der auch zu dem Schädiger nicht in schuldrechtlichen Beziehungen steht und dem deshalb in der Regel auch kein eigener, selbständiger Schadensersatzanspruch zur Verfügung steht.⁴⁸⁾

Mittelbare Schäden sind somit solche Schäden, die ohne Rücksicht auf ein möglicherweise vorliegendes Verschulden des Schädigers nach der Systematik des Gesetzes nicht zu ersetzen sind;⁴⁹⁾ darauf, daß Ausnahmen möglich sind, wird ausführlich zurückzukommen sein. Daß allein der Begriff des mittelbaren Schadens dazu geeignet ist, den grundsätzlich nicht ersatzfähigen Schaden zu kennzeichnen, ergibt sich aus folgendem: Allein eine sich nach einer einheitlichen Terminologie richtende Bezeichnung von Schaden und Geschädigtem kann Mißverständnisse ausschließen.⁵⁰⁾ Sieht man aber, im Einklang mit der herrschenden Meinung und wie auch hier geschehen, den nach der Systematik des Gesetzes nicht Ersatzberechtigten als mittelbar Geschädigten an, dann muß man den bei ihm verursachten Schaden als mittelbaren Schaden bezeichnen.⁵¹⁾

48) Vgl. hierzu aber Rieger, JW 1935, 1533, sowie Oertelt, DJZ 1913, 799, 800 f. und Kluckhohn, AcP 111, 394, 403.

49) So auch schon, wenn auch von einem anderen Ausgangspunkt her, er spricht sich gegen den gegliederten Schadensbegriff aus, Michaelis S. 203. Siehe zum ganzen auch Erman-Sirp Rdnr. 91 f. zu § 249.

50) Obwohl diese Gefahr gesehen wird, hält z.B. auch Staudinger-Werner Vorbem. 14, 88 ff. zu §§ 249-255 am Begriff des "mittelbaren Schadens" für den indirekt verursachten Folgeschaden fest.

51) Vgl. z.B. Esser, Bd. 1, S. 292, § 43, I.

2. Teil

Z U D E N E R S A T Z M Ö G L I C H K E I T E N B E I F E R N W I R K U N G S S C H Ä D E N

Bei den nachfolgenden Untersuchungen soll, wie das schon in den bisherigen Ausführungen angedeutet wurde, danach differenziert werden, welcher Personenkreis durch die Fernwirkungen eines Schadensereignisses betroffen wird. Für die dabei vorzunehmende Abgrenzung ist maßgebend, ob der schädigende Vorgang zu weiteren Einbußen allein beim Erstverletzten geführt hat oder ob auch Dritte als Folge des Verletzungsereignisses beeinträchtigt worden sind. Zur Kennzeichnung sollen die Begriffe des Zwei- und des Mehrpersonenverhältnisses herangezogen werden.

Hat nur der Erstverletzte weitere Schäden erlitten, wird das Schwergewicht der Erörterungen, bedingt durch das Prinzip der Totalrestitution und damit der Haftung auch für unverschuldete Folgeschäden, auf die Frage nach sachgerechter Einschränkung der Haftpflicht, also insbesondere der conditione-qua-non-Formel zu legen sein. Bewirkt dagegen ein Verletzungsereignis Nachteile in der Rechtssphäre eines Dritten, so ergeben sich zwei Hauptfragen: Zum einen ist zu klären, inwieweit die Beeinträchtigungen eines Dritten mit Hilfe der vom Gesetz für das Zweipersonenverhältnis vorgegebenen Ersatzmöglichkeiten¹⁾ ausgeglichen werden können; zum anderen wird unter Berücksichtigung der haftungsbegrenzenden Auswirkungen des Dogmas vom Gläubigerinteresse und des Enumerationsprinzips nach weiteren Anspruchsmöglichkeiten des Dritten zu suchen sein.

1) Bis auf Ausnahmebestimmungen kennt das BGB nur auf das isolierte Verhältnis zweier Rechtssubjekte abstellende Ersatzberechtigungen; vgl. dazu Fikentscher S. 265 f., § 50, II 1; bei Forderungsverletzungen ergibt sich das aus der Relativität der Vertragswirkungen; vgl. zu diesem Grundsatz Larenz, Bd. I, S. 12, § 2, II.

1. Abschnitt

ZUM AUSGLEICH VON FERNWIRKUNGSSCHÄDEN IM ZWEI- PERSONENVERHÄLTNIS

Für die Beantwortung der Frage, in welchem Umfang für Schäden, die durch das Fortwirken eines Verletzungsereignisses auf weitere Rechtsgüter des Betroffenen¹⁾ entstanden sind, Ausgleich verlangt werden kann, kommt den durch die einzelnen Ersatzverpflichtungen eröffneten Haftungsbereichen vorrangige Bedeutung zu. Diese sind im folgenden in ihren wesentlichen Grundzügen darzustellen.

I. Der Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

Erste Voraussetzung eines Anspruchs aus § 823 Abs. 1 BGB ist die Verursachung einer haftungsbegründenden Rechtsverletzung. Dies ist, handelt es sich um den Ersatz von auf Fernwirkungen beruhenden Schäden, grundsätzlich auf zwei Wegen möglich: Die diesen Beeinträchtigungen zugrundeliegende sekundäre Rechtsverletzung kann sich einmal selbst als eine solche i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB darstellen; der Fernwirkungsschaden ist dann Objektschaden; die Problematik der Kausalitätseinschränkung ergibt sich bei der Haftungsbegründung.

Zum anderen kann aber auch die der Drittbeeinträchtigung zugrundeliegende Rechtsverletzung nicht von § 823 Abs. 1 BGB erfaßt sein. Der durch sie bewirkte Schaden stellt sich dann, etwa bei einer Vermögensverletzung, nur als durch die erste und haftungsbegründende Rechtsverletzung verursachter Vermögensfolgeschaden dar. Die Kausalitätsproblematik findet sich dann im Rahmen der Haftungsausfüllung.

Vor der eigentlichen Erörterung des Ersatzes von Fernwirkungsschäden sind die allgemeinen Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 823 Abs. 1 BGB zu klären. Ihnen kommt Bedeutung für die gesamte weitere Darstellung, insbesondere auch für die des Mehrpersonenverhältnisses zu.

1) Es handelt sich insoweit um Folgeschäden - bzw. Beeinträchtigungen, nicht dagegen, da es an einer Drittbeteiligung fehlt, um mittelbare Schäden im oben beschriebenen Sinne.

A) Die haftungsbegründende Kausalität

Führt die Handlung eines Menschen zu einer Rechtsgutverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB, so stellt sich die Frage, ob in bezug auf diesen Ursachenzusammenhang ein Bedürfnis nach einer speziellen juristischen Kausalitätsformel¹⁾, also nach einer Begrenzung des naturwissenschaftlichen Begriffs der relevanten Bedingung i.S.d. *conditio sine qua non* anzunehmen ist.²⁾

Man hat diese Frage zu bejahen. Auch im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität ist die Adäquanztheorie³⁾ für die Feststellung ersatzrechtlich bedeutsamer Verursachung heranzuziehen.⁴⁾ Sie erlangt zwar im Bereich der Verschuldenshaftung kaum Bedeutung. Aus dem Erfordernis einer einheitlichen Prüfung der Haftungsbegründung bei allen Ersatznormen - sie erweist sich bei Gefährdungs- oder Verursachungshaftung zuweilen als unverzichtbares Regulativ⁵⁾ - ergibt sich jedoch die Notwendigkeit, sie auch bei § 823 Abs. 1 BGB anzuwenden.⁶⁾

Inwieweit neben oder anstatt der Adäquanztheorie andere, für die haftungsbegründende Kausalität geeignete Einschränkungenmöglichkeiten, genannt seien nur Versuche über die Rechts-

-
- 1) So ist z.B. die Adäquanztheorie das Ergebnis der Suche nach einem besonderen Begriff juristischer Kausalität; vgl. v. Caemmerer, Kausalzusammenhang, S. 10 f.
 - 2) Dieses Bedürfnis wird bei der haftungsausfüllenden Kausalität allgemein bejaht; vgl. z.B. Wolf S. 1.
 - 3) Eine Bedingung des Erfolges ist dann relevante Ursache, wenn sie ihrer Eigenart nach die "objektive Möglichkeit eines Erfolges von der Art des eingetretenen generell in nicht unerheblicher Weise erhöht". Vgl. dazu, aufbauend auf dieser von Traeger S. 159 aufgestellten grundlegenden Formulierung, z.B. Enneccerus-Lehmann S. 66, § 15, III 2.
 - 4) So u.a. Palandt-Heinrichs Vorbem. 5b aa vor § 249; Enneccerus-Lehmann S. 64, § 15, I; Medicus S. 282, § 25, I 2b; Weitnauer, VersR 1970, 585, 587; a.A. z.B. Eike Schmidt, VersR 1970, 395. Vgl. aus der Rechtsprechung BGHZ 41, 123, 125; BGH LM Nr. 32, Nr. 36 zu § 823 BGB (C); LG Hamburg NJW 1969, 615 f.
 - 5) Darauf weist insb. Palandt-Heinrichs Vorbem. 5b aa vor § 249 hin. Vgl. auch Weitnauer, VersR 1970, 585, 587. Was dort unter "adäquat" zu verstehen ist, wird darzustellen sein.
 - 6) Diese Notwendigkeit leugnen u.a. Esser, Bd. 1, S. 300, § 44,

widrigkeit⁷⁾ oder den Schutzzweckgedanken⁸⁾, bestehen, muß hier dahinstehen. Für Einzelfälle wird ebenso darauf zurückzukommen sein wie auf den Charakter der Adäquanztheorie als Zurechnungslehre⁹⁾.

B) Die haftungsausfüllende Kausalität

Im Rahmen des Bedingungszusammenhangs zwischen haftungsbe gründender Verletzung und Schaden erlangen die zur Einschränkung der Äquivalenztheorie¹⁰⁾ aufgestellten Lehren ihre eigentliche Bedeutung. Daneben stellt sich hier mit besonderer Deutlichkeit die Frage nach der Ersatzfähigkeit der auf Fernwirkungen beruhenden Schäden. Denn diese Beeinträchtigungen können grundsätzlich als Folgeschäden angesehen werden. Sie wären, da es am einschränkenden Verschuldensbezug fehlt, ohne eine Begrenzung der relevanten Kausalität an sich in vollem Umfang zu ersetzen.

Bei den Versuchen, die Haftung auf ein sinnvolles Maß zu limitieren, steht auch heute noch die Adäquanztheorie im Vordergrund. Sie hat sich, vor allem unter dem Einfluß von Larenz¹¹⁾, von einer Theorie der generellen Voraussehbarkeit zu einer Lehre von der objektiven Zurechnung weiterentwickelt. Der Bundesgerichtshof¹²⁾ hat sich dem insoweit angeschlossen, als er feststellt, daß es bei der Adäquanztheorie um die Ermittlung der Grenzen einer zumutbaren Haftung geht. Entgegen

II 1; Lorenz, JZ 1964, 179, 180; Deutsch, JZ 1967, 641; vgl. auch Stoll, Kausalzusammenhang S. 20 und Huber, JZ 1969, 677, 680. Offenlassend BGHZ 57, 25, 27.

7) Vgl. Fikentscher S. 273, § 51, III; dagegen Esser, Bd. 1, S. 299, § 44, II, der betont, daß ein Handeln auch dann ursächlich bleibt, wenn es rechtmäßig ist; vgl. auch Lorenz, JZ 1964, 179, 180.

8) Thalheim S.111 f.; Eike Schmidt, VersR 1970, 395, 397.

9) Vgl. hierzu z.B. Rother S. 5 f.

10) Sie stellt allein auf die *conditio-sine-qua-non*-Formel ab.

11) Grundlegend seine Schrift "Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung", Göttingen 1927. Vgl. auch Larenz, NJW 1955, 1009 ff. und Larenz, Objektive Zurechnung, S. 79 ff.

12) Vgl. z.B. BGHZ 3, 261, 267; 18, 286, 288; BGH MDR 1956, 724, 725.

vielfach geäußerter Kritik¹³⁾ wird dabei aus der späteren Rechtsprechung erkennbar, daß diese höchstrichterlichen Entscheidungen keinen Billigkeitsmaßstab einführen wollten.¹⁴⁾ Vielmehr sollten nur ganz unwahrscheinliche Schadensfolgen von einer Haftung ausgenommen werden.

Es geht letztlich um die Entscheidung, ob die Auswirkungen einer Rechtsverletzung noch dem Verantwortungsbereich des Schädigers zugeordnet werden können. Erscheinen sie vom Standpunkt eines erfahrenen¹⁵⁾ bzw. optimalen¹⁶⁾ Beobachters aus unwahrscheinlich, so sollen sie den Schädiger nicht belasten; vielmehr hat sie der Geschädigte als Zufall selbst zu tragen.¹⁷⁾

Ein Sonderproblem, das sich insbesondere im Rahmen des Er-satzes von Fernwirkungsschäden stellt, ist die Frage nach einem eventuellen Ausschluß der Zurechnung infolge eines freien und verantwortlichen Eingreifens eines Dritten in den Kausalverlauf. Larenz¹⁸⁾ schloß aus dem Charakter der Adäquanz-theorie als Zurechnungslehre einen Zurechnungsausschluß bei vorsätzlichem Eingreifen eines Dritten. Die Absolutheit dieser Aussage muß jedoch zu ihrer Ablehnung führen. Sie läßt die auch einer Zurechnungslehre immanente Einzelfallbetrachtung vermissen. Die Anwendung der oben aufgezeigten allgemeinen Grundsätze ist vielmehr als ausreichend anzusehen,¹⁹⁾ um die Fälle einer "Unterbre-chung des Kausalzusammenhangs"²⁰⁾ sachgerecht erfassen zu können.

13) Esser, Bd. 1, S. 304, § 44, III 1e; Kirchberger, NJW 1952, 1000; Heinrich Lange, AcP 156, 114, 115 f.; v. Caemmerer, NJW 1956, 569, 571.

14) Vgl. z.B. BGH VersR 1959, 1000, 1002; 1962, 262, 263. So aber Lindenmaier, ZHR 113, 207, 239 ff., auf den sich BGHZ 3, 261, 267 noch beruft. Indem Lindenmaier auf § 242 BGB abstellt, verläßt er den Begriff der objektiven Zurechnung.

15) So Larenz, Bd. I, S. 316, § 27, III b 1.

16) So die Rechtsprechung, vgl. BGHZ 3, 261, 266; BGH VersR 1972, 67, 69. Dazu Esser, Bd. 1, S. 304, § 44, III 1e.

17) Vgl. insgesamt Larenz, Bd. I, S. 315 ff., § 27, III b 1.

18) Larenz, NJW 1955, 1009, 1012; in Bd. I, S. 322 f., § 27, III b 3 seines Schuldrechtslehrbuchs stellt jetzt auch er allein auf das Herausgefordertsein der Handlung, also auf den inneren Zusammenhang ab.

19) So auch Erman-Sirp RdNr. 20 zu § 249. Vgl. auch RG JW 1913, 322; 1936, 1355, 1356; 1937, 990; BGHZ 3, 261,

Ist das vorsätzliche oder fahrlässige Handeln des Dritten (oder auch des Geschädigten) nicht als außerhalb des natürlichen Ablaufs der Dinge liegend anzusehen, besteht somit ein innerer Zusammenhang,²¹⁾ ist die Adäquanz der Erstursache für den Enderfolg zu bejahen.

Im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität wird in weitem Umfang auch die auf Rabel²²⁾ zurückgehende Lehre vom Schutzzweck der Norm zur Haftungsbegrenzung herangezogen. Nach ihr setzt die Zurechnung voraus, daß zwischen Schaden und haftbar machender Rechtsverletzung das Bestehen eines Rechtswidrigkeitszusammenhangs festgestellt werden kann.²³⁾ Dieser ist dann anzunehmen, wenn es sich bei den Beeinträchtigungen um die Folgen solcher Gefahren handelt, deren Abwehr die verletzte Norm dient.²⁴⁾

Die Stellung dieser Normzwecklehre zur Adäquanztheorie ist umstritten: Die herrschende Meinung, die eine vermittelnde Ansicht vertritt, geht von einem Nebeneinander aus.²⁵⁾ Dem ist zu folgen; die Beantwortung von Zurechnungsfragen allein

270; BGH VersR 1965, 388, 389; BGHZ 43, 178, 181; 57, 25, 27 ff. Die Adäquanz bejaht auch LG Düsseldorf NJW 1955, 1031; es handelt sich dort um die nach den gleichen Grundsätzen zu beantwortende Frage nach der haftungsbe gründenden Kausalität; es erscheint fraglich, ob hier die Adäquanzanforderungen nicht zu weit aufgefaßt wurden.

20) Vgl. zu diesem Begriff Rother S. 26 f.

21) Vgl. dazu etwa Larenz, NJW 1958, 627. Im übrigen wird auf die damit verbundenen Fragen bei der Darstellung des Mehrpersonenverhältnisses zurückzukommen sein.

22) Rabel S. 502 ff., insb. S. 504.

23) Esser, Bd. 1, S. 309, § 45, I; Blomeyer S. 171 ff., § 35, III 3; Huber, JZ 1969, 677 f.; v. Caemmerer, DAR 1970, 283, 285; einschränkend Larenz, Bd. I, S. 319, § 27, III 2; ablehnend Rother S. 12 ff. Vgl. aus der Rechtsprechung BGHZ 27, 138, 140; 32, 194, 205; 57, 134, 142; BGH NJW 1968, 2287, 2288; 1969, 371, 372.

24) Das bringen zum Ausdruck Deutsch, NJW 1965, 1985, 1987; ders. JZ 1966, 556, 558 und JuS 1967, 152, 154 f.; Böhmer, JZ 1958, 743; Raiser, JZ 1963, 462, 464. Vgl. auch Wolf z.B. S. 5 und Bydlinski S. 58 f.

25) Vgl. Palandt-Heinrichs Vorbem. 5c vor § 249; Esser, Bd. 1, S. 310, § 45, I; Bydlinski S. 64; Mertens S. 205 ff.; Raiser, JZ 1963, 462, 465; Böhmer, JZ 1958, 743 in zustimmender Anmerkung zu BGH JZ 1958, 742. Die Adäquanztheorie aufgeben wollen v. Caemmerer, Kausalzusammenhang,

nach der einen oder der anderen Theorie muß lückenhaft bleiben, da deren völlige Übereinstimmung nicht festgestellt werden kann ²⁶⁾ und ein Bedürfnis für die Anwendung aller in ihnen erfaßten Gesichtspunkte besteht.

Zwar bilden die Lehren von der adäquaten Verursachung und dem Schutzzweck der Norm nicht die einzigen Bemühungen, eine sinnvolle Begrenzung relevanter Verursachung zu erreichen. Die über diese Theorien hinaus vertretenen Ansichten können jedoch keine Anerkennung finden. Das gilt sowohl für die Anwendung des § 242 BGB, und damit des Billigkeitsgedankens, ²⁷⁾ im Rahmen der Kausalitätsfrage als auch für die insbesondere vor Traeger vertretenen Verursachungstheorien, so die Lehren von der wirksamsten oder der letzten Bedingung. ²⁸⁾

Nicht zu den Kausalitätserwägung gehört die allein zum Zwecke der umfangmäßigen Haftungsbeschränkung geeignete, jedoch dem Bürgerlichen Gesetzbuch zumindest de lege lata fremde Orientierung am Verschuldensgrad. ²⁹⁾ Gleiches gilt für § 254 BGB. Denn

S. 18; Hermann Lange, Gutachten, S. 58 f.; Huber, JZ 1969, 677, 682. Gegen die Normzwecklehre sprechen sich Rother S. 12 ff. und für das Deliktsrecht Larenz, Bd. I, S. 319 ff., § 27, III b 2 aus.

26) Vgl. dazu Huber, JZ 1969, 677, 678. Siehe aber auch Rother S. 23 f., der betont, "daß von einem dogmatischen Gegensatz kaum mehr gesprochen werden kann". Larenz, Bd. I, S. 321, § 27, III b 2 leugnet aus diesem Grunde weitgehend das Bedürfnis nach einer Schutzzwecklehre; auch Staudinger-Werner Vorbem. 35 zu §§ 249-255 betont das Angewiesenbleiben der Schutzzwecklehre auf die Adäquanzbeurteilung; in diesem Sinne auch Thalheim S. 70 f.

27) So aber Lindenmaier, ZHR 113, 207, 240.

28) Vgl. zu diesen Auffassungen und ihren Vertretern Traeger S. 80 ff.

29) So Hermann Lange, AcP 152, 153, 168 als Vorschlag de lege ferenda; vgl. auch den Gedanken der "Tatadäquanz" bei Heinrich Lange, AcP 156, 114, 131 f., 136, der, wenn vielleicht auch unbeabsichtigt, so doch die Verschuldensproportionalisierung mitumfaßt, dabei aber die Grundsätze einer objektiven Zurechnung weitgehend aufgibt (siehe dazu Rother S. 10); vgl. auch Hermann Lange, Gutachten, S. 60 (2. Empfehlung). Siehe hierzu auch Lorenz, JZ 1961, 433, 439.

erst wenn feststeht, daß der Inanspruchzunehmende einen Schaden zurechenbar verursacht und darüber hinaus, soweit erforderlich, die zugrundeliegende Rechtsverletzung auch verschuldet hat,³⁰⁾ kann eine Minderung einer Ersatzpflicht unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens bzw. der in Relation zu seinem Verschulden angenommenen Unbilligkeit einer Totalrestitution in Betracht gezogen werden.

C) Zur Ersatzfähigkeit der auf Fernwirkung beruhenden Schäden

Wendet man die unter A) und B) gefundenen Grundsätze auf Fernwirkungsschäden an, die im Zusammenhang mit der Verletzung eines in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsguts stehen, so gelangt man zu folgenden Ergebnissen: Wirkt ein Schadensereignis im Vermögen des Geschädigten fort, entstehen also Vermögensfolgeschäden, so stellt sich ihr Ersatz als Normalfall der in § 249 Satz 1 BGB festgelegten Totalrestitution dar. Diese Schäden sind deshalb ohne Rücksicht auf ein Verschulden zu ersetzen; aus der Tatsache, daß die ihnen zugrundeliegende sekundäre Rechtsverletzung nicht die in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter, sondern nur das Vermögen betrifft³¹⁾, ergeben sich keine Bedenken.³²⁾

Von ausschlaggebender Bedeutung ist insoweit allein die haftungsausfüllende Kausalität. Denn ist die haftungsbegründende Rechtsgutverletzung objektiv und subjektiv zurechenbar verursacht, hängt der Ersatz der auf Fernwirkungen des Schadensereignisses beruhenden Vermögensschäden allein davon ab, ob sie noch als adäquate Folgen anzusehen sind und darüber hinaus ihr Eintritt nach dem Schutzzweck der verletzten Norm verhindert werden sollte.

Hat dagegen eine i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB haftungsbegründende Rechtsverletzung Auswirkungen auf weitere deliktisch geschützte Rechtsgüter,³³⁾ so stellt sich die Frage, ob, um

30) Vgl. Soergel-R. Schmidt Rdnr. 1 zu § 254.

31) Zur Klarstellung sei folgendes Beispiel angeführt: Durch eine schuldhaft verursachte Körperverletzung wird der Betroffene gehindert, ausstehende Forderungen geltend zu machen; er erleidet einen Vermögensschaden.

32) Vgl. Michaelis S. 203.

33) Vgl. den von Larenz, Bd. I, S. 321, § 27, III b 2 gebildeten Fall: Der Schädiger zerstört fahrlässig die Brille des anderen; der Geschädigte stürzt, da er ohne Brille ein Hindernis nicht erkennen konnte; er erleidet eine Gesund-

erfolgreich ein Ersatzbegehren geltend machen zu können, auch in bezug auf diese zweite Verletzung alle Voraussetzungen einer Haftungsbegründung vorliegen müssen, so insbesondere, ob diese Verletzungen auch vom Verschulden umfaßt sein müssen, oder ob die weiteren Schäden noch im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität des Ersatzanspruchs bezüglich der ersten Rechtsverletzung Berücksichtigung finden können. Im letzteren Fall würde die zweite Verletzung nur eine zum Fernwirkungsschaden führende Zwischenursache darstellen. Der Schadensausgleich würde wiederum allein von der Adäquanz der Erstursache für den Schaden und dem Schutzzweck der Anspruchsnorm abhängen.

Solange die hier angesprochenen Schäden den Adäquanz- und Schutzzweckvoraussetzungen genügen, die an die haftungsausfüllende Kausalität des durch die primäre Rechtsverletzung begründeten Anspruchs aus § 823 Abs. 1 BGB zu stellen sind, ist kein Grund ersichtlich, ihren Ausgleich nicht im Rahmen des einmal verwirklichten Haftungstatbestandes vorzunehmen.³⁴⁾ Das gilt sowohl für den Ausgleich der am sekundär verletzten Rechtsgut selbst entstandenen Schäden, als auch für den der Vermögensfolgeschäden, die erst auf Grund der zweiten Beeinträchtigung eingetreten sind.

Eine andere Entscheidung würde einen schwerwiegenden Wertungswiderspruch zur Folge haben: Folgeverletzungen an deliktisch geschützten Rechtsgütern würden - nähme man in diesen Fällen eine Art Unterbrechung des haftungsausfüllenden Kausalverlaufs an - bei mangelndem Verschulden keine Schadensersatzverpflichtung auslösen. Ebenso zurechenbarer, reiner Vermögensschaden wäre dagegen, obwohl auch dieser nicht verschuldet zu sein braucht, auszugleichen. Dieses Ergebnis würde dem erhöhten Schutzbedürfnis, das das Bürgerliche Gesetzbuch den absoluten Rechten zubilligt und das es gerade mit § 823 Abs. 1 BGB zu verwirklichen sucht, in keiner Weise gerecht werden.³⁵⁾

Es ist somit festzuhalten, daß für den Ersatz von Folgeschäden im Zweipersonenverhältnis auf der Grundlage des § 823

heitsverletzung und daraus resultierend einen Schaden.

34) So ausdrücklich auch Larenz, Bd. I, S. 321, § 27, III b 2.

35) In § 823 Abs. 1 BGB werden die elementaren Lebensäußerungsformen des Einzelnen gegenüber Angriffen der Allgemeinheit geschützt. Vgl. dazu Palandt-Thomas Einf. 1a vor § 823; Soergel-Zeuner Rdnr. 1 zu § 823; siehe auch Larenz, Bd. I, S. 321, § 27, III b 2.

BGB die Frage nach der Art der zugrundeliegenden sekundären Rechtsverletzung ohne Bedeutung ist. Sie kann daher bei der Anspruchsprüfung außer Ansatz bleiben. Solange ein zurechenbarer Schaden feststellbar ist, ist dieser auf der Grundlage der durch die erste Verletzung begründeten Ersatzberechtigung aus § 823 Abs. 1 BGB nach den Vorschriften der §§ 249 ff. BGB auszugleichen.

Dem Geschädigten bleibt es natürlich unbenommen, seinen auf den Ausgleich des Fernwirkungsschadens gerichteten Ersatzanspruch auf die sekundäre Rechtsverletzung zu stützen. Verlangt im obigen Beispiel (FN. 33) der Geschädigte Ersatz nur für den Körperschaden, so braucht er, was insbesondere wegen eines Schmerzensgeldes von Bedeutung ist³⁶⁾, allein die schuldhaft e Körperverletzung vorzutragen. Für diesen Anspruch gelten die allgemeinen Grundsätze: Neben der Tatsache, daß eine Verletzung eines durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsguts vorliegen muß, kann der Inanspruchgenommene nur dann zum Ersatz verpflichtet sein, wenn ihm die durch sein Verhalten bewirkte, an sich haftungsbegründende Verletzung auch als adäquat verursacht zugerechnet werden kann. Daß sie nur indirekt hervorgerufen ist, wobei das erste Schadensereignis als Zwischenursache angesehen werden muß, hat dann keine weitere Bedeutung.³⁷⁾ Zu beachten ist, daß sich das Verschulden des Schädigers auf den gesamten haftungsbegründenden Kausalverlauf, also insbesondere auch das erste Verletzungsereignis zu beziehen hat.³⁸⁾

D) Zwei Einzelfälle des Ersatzes von Fernwirkungsschäden

Nach dieser allgemein gehaltenen Darstellung der durch § 823 Abs. 1 BGB im Zusammenhang mit Fernwirkungen eines Schadensereignisses eröffneten Ersatzberechtigungen sind im folgenden an Hand zweier Einzelfälle die aufgezeigten Grundsätze zu verdeutlichen.

36) Vgl. dazu unten D 2, S. 23 f.

37) Siehe Staudinger-Werner Vorbem. 39 zu §§ 249-255; Geigel S. 19; so auch ausdrücklich RG JW 1903, 30.

38) Soergel-Zeuner Rdnr. 169, 172 zu § 823; vgl. z.B. auch Stoll, Kausalzusammenhang, S. 19 f.; siehe auch BGH LM Nr. 10 zu § 823 BGB (Bf); BGH VersR 1955, 184, 185; 1960, 736, 737: Eine genaue Vorstellung vom Schadenshergang ist nicht erforderlich.

1. Fernwirkungen auf einen Gewerbebetrieb

Wird in der Folge einer i.S.d. § 823 BGB haftungsbegründenden Rechtsverletzung ein Gewerbebetrieb dergestalt betroffen, daß Vermögenseinbußen zu verzeichnen sind, führt also beispielsweise die schuldhaft Beschädigung einer Maschine zu einem Produktionsausfallschaden, so erübrigt sich die Prüfung, ob hier ein deliktsrechtlich relevanter Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vorliegt, ob also im Einzelfall Unmittelbarkeit bzw. Betriebsbezogenheit der gegen den Gewerbebetrieb gerichteten Handlung³⁹⁾ anzunehmen ist. Denn diese Beeinträchtigungen sind auch dann als Vermögensfolgeschäden zu ersetzen, wenn die besonderen Voraussetzungen für einen i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB haftungsbegründenden Eingriff in dieses Rahmenrecht⁴⁰⁾ nicht festgestellt werden können.

Die Ersatzfähigkeit von Folgeschäden ist eben gerade nicht davon abhängig, ob die sekundären Rechtsverletzungen, die zu diesen Einbußen geführt haben, ihrerseits als haftungsbegründend i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB angesehen werden können.⁴¹⁾ Bei der Beeinträchtigung eines Gewerbebetriebs als Folge des Weiterwirkens eines Schadensereignisses ergeben sich somit keine haftungsmäßigen Unterschiede zwischen der Verursachung eines reinen Vermögensschadens und der einer Verletzung des "sonstigen Rechts"⁴²⁾ am Gewerbebetrieb bzw. eines anderen in § 823 Abs. 1 BGB ausdrücklich geschützten, dem Gewerbebetrieb zugeordneten Rechtsguts.

2. Der Schmerzensgeldanspruch bei Fernwirkungsschäden

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch können immaterielle Schäden grundsätzlich nur im Wege der Naturalrestitution ausgeglichen werden; Leistung von Geldersatz ist ausgeschlossen (vgl. §§ 249, 253

39) Dazu, daß nach h.M. nur betriebsbezogene Eingriffe in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eine Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB begründen können, vgl. z.B. Soergel-Zeuner Rdnr. 68 zu § 823; Erman-Drees Rdnr. 40 zu § 823; BGHZ 29, 65, 67; 41, 123, 127; BGH JZ 1970, 777, 778.

40) Vgl. zu diesem Begriff Fikentscher S. 619, § 103, II.

41) Siehe insbesondere Michaelis S. 203.

42) Zur Eigenschaft als sonstiges Recht vgl. Palandt-Heinrichs Anm. 6 g zu § 823.

BGB). Eine Ausnahme enthält § 847 BGB zum Zwecke des Ausgleichs und der Genugtuung⁴³⁾ für erlittene Schmerzen.⁴⁴⁾ Der Anspruch aus § 847 BGB ist jedoch nur dann gegeben, wenn die ihn auslösende Verletzung z.B. des Körpers, gleichgültig, ob direkt oder indirekt bewirkt (wobei als Zwischenursache auch ein anderes Schadensereignis in Betracht zu ziehen ist), verschuldet ist.⁴⁵⁾

Entstehen durch das Weiterwirken einer Schädigung Rechtsverletzungen, die an sich die Verpflichtung zum finanziellen Ausgleich eines Nichtvermögensschadens, zu dem sie geführt haben (vgl. § 847 Abs. 1 Satz 1 BGB), nach sich ziehen, und handelt es sich bei diesen um unverschuldete Folgebeseinträchtigungen, so kann deshalb unter Umständen ein Anspruch auf ein Schmerzensgeld nicht zur Entstehung gelangen. Das ist dann der Fall, wenn die Verletzung von in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Vermögensgütern, also z.B. des Eigentums, zu einer Körperverletzung und damit zu einem immateriellen Folgeschaden i.S.d. § 847 BGB geführt hat.⁴⁶⁾

Anders stellt sich dagegen die Lage dar, wenn sowohl die haftungsbegründende als auch die sekundäre und insoweit unverschuldete - ist diese verschuldet, ergeben sich keine Besonderheiten - Verletzung Rechtsgüter betreffen, die in § 847 BGB ausdrücklich genannt sind.⁴⁷⁾ Hier gelten wieder die allgemeinen Grundsätze: Schmerzensgeld ist in dem Umfang zu leisten, in dem sich der immaterielle Schaden als zurechenbare Folge der von § 847 BGB erfaßten und i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB haftungsbegründenden Rechtsverletzung darstellt.⁴⁸⁾ Die sekundäre Beeinträchtigung

43) Zu diesen Aufgaben des Schmerzensgeldes Larenz, Bd. II, S. 519, § 75, III; Esser, Bd. 2, S. 465, § 113, I 3 b, der auch noch auf den Überwindungsgedanken hinweist.

44) Vgl. z.B. Palandt-Thomas Anm. 1a zu § 847.

45) So die ganz h.M.; siehe z.B. Soergel-Zeuner Rdnr. 15 zu § 847; vgl. auch RGZ 142, 116, 122 f. Das gilt natürlich nur für die Verschuldenshaftung, also z.B. für § 823 Abs. 1 BGB. Im Rahmen der deliktsrechtlichen Gefährdungshaftung ist Verschulden nicht erforderlich, vgl. Staudinger-Schäfer Rdnr. 12, 43 zu § 847.

46) Siehe dazu Staudinger-Schäfer Rdnr. 43 zu § 847; RGZ 142, 116, 122 f.

47) Darüber hinaus muß auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht unter § 847 BGB fallen; vgl. BVerfGE 34, 269 ff.

ist als Zwischenursache im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität anzusehen. Der Ersatz des immateriellen Schadens ist nicht mehr, wie das bei einer Haftungsbegründung beispielsweise auf der Grundlage einer Eigentumsverletzung zu beobachten war, von einem Verschulden bezüglich der sekundären Verletzung abhängig.

E) Zusammenfassung

§ 823 Abs. 1 BGB normiert nur für solche Handlungsfolgen eine Ersatzpflicht, die als vom Willen des Inanspruchgenommenen beherrschbar angesehen werden können, die also zurechenbar verursacht sind.⁴⁹⁾ Hat ein menschliches Verhalten zu einem Schaden geführt, so ist seine Ersatzfähigkeit entscheidend davon abhängig, daß einerseits für die verschuldete haftungsbe gründende Verletzung und andererseits für den haftungsausfüllenden Schaden Zurechenbarkeit festgestellt werden kann. Das gilt grundsätzlich auch für den Ersatz der auf fernwirkenden Schadenser eignissen beruhenden Beeinträchtigungen. Die Tatsache, daß die zu diesen Schäden führende Verursachungskette mehrere Schadenser eignisse enthält, begründet für sie keine ersatzrechtliche Sonderstellung. Ist auch nur eines dieser Verletzungsereignisse haftungs begründend i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB, so ist die Ersatzfähigkeit allein von der nach den allgemeinen Kriterien zu beurteilenden Zurechenbarkeit abhängig.

Neben dem Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB bestehen weitere Ersatzberechtigungen, auf deren Grundlage möglicherweise Ausgleich für auf Fernwirkungen beruhende Schäden verlangt werden kann:

48) So ausdrücklich Staudinger-Schäfer Rdnr. 36 zu § 847. Als Beispiel sei auf den Fall hingewiesen, daß eine Freiheitsentziehung zu einer zwar zurechenbaren, aber unverschuldeten Körperverletzung und damit zu Schmerzen als - weiterem - immateriellem Schaden führt.

49) Dazu, daß Zurechenbarkeit zumindest objektive Beherrschbarkeit der Handlungsfolgen erfordert, vgl. Larenz, NJW 1955, 1009, 1011.

II. Der Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB

Erste Haftungsvoraussetzung ist ein Verstoß gegen ein Schutzgesetz, d.h. gegen eine Rechtsvorschrift⁵⁰⁾, die bestimmte Personen und bestimmte Rechtsgüter vor Beeinträchtigungen bewahren soll.⁵¹⁾ Die Feststellung des Schutzgesetzcharakters erfolgt durch Auslegung und Wertung. Das Verschulden des Haftpflichtigen hat sich allein auf die Schutzgesetzverletzung zu beziehen.⁵²⁾ Daß eine Beeinträchtigung bestimmter Rechtsgüter eintritt, braucht, wenn sie nicht Bestandteil des Gesetzesverstoßes ist, für eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB ebensowenig vorausgesehen zu werden⁵³⁾ wie der Schaden selbst.

§ 823 Abs. 2 BGB stellt somit, gleich dem § 823 Abs. 1 BGB, einen zweigliedrigen Haftungstatbestand, bestehend aus Schutzgesetzverletzung und Schaden, dar. Denn wenn nicht nur eine Verletzung, so z.B. in § 242 StGB, sondern auch schon eine Gefährdung⁵⁴⁾ zur Haftungsbegründung ausreicht, soll es eben gerade nicht darauf ankommen, welches Rechtsgut beeinträchtigt wird. Vielmehr sollen alle Schadensfolgen ausgeglichen werden, die der schuldhaften Schaffung der Gefahr zurechenbar sind. Wer Rechtsgutverletzung und Schaden getrennt erörtert, somit Dreigliedrigkeit annimmt,⁵⁵⁾ verkennt den Inhalt der Schutznormen.

50) "Rechtsvorschriften" sind alle Gesetze im materiellen Sinn, vgl. Art. 2 EGBGB.

51) Vgl. z.B. Soergel-Zeuner Rdnr. 334 zu § 823; Erman-Drees Rdnr. 130 zu § 823; BGHZ 22, 293, 297; BGH NJW 1968, 1279, 1280; siehe auch die zusammenfassende Aufzählung bei Palandt-Thomas Anm. 9 f, g zu § 823.

52) So z.B. Erman-Drees Rdnr. 137 zu § 823; BGHZ 37, 375, 381.

53) A.A. Fikentscher S. 648, § 104, III 3; Stoll, Kausalzusammenhang, S. 21 ff.; Thalheim S. 74.

54) Vgl. z.B. die §§ 315-316 a StGB.

55) So aber Thalheim S. 73.

Welche Schäden - bei Fernwirkungen, welche durch ein Schadensereignis bewirkten Folgebeeinträchtigungen - sind nun unter Beachtung obiger Grundsätze als ersatzfähig anzusehen? Wenn auch Larenz⁵⁶⁾ noch auf die adäquat verursachten Schäden hinweist, so richtet sich die Entscheidung bei ihm ebenso wie bei der herrschenden Meinung allein nach dem Schutzzweck der verletzten Norm.⁵⁷⁾ Den an sich bei § 823 Abs. 2 BGB denkbaren Schutz aller Rechtsgüter verfolgt kein Schutzgesetz. Ein Schaden ist auf dieser Grundlage vielmehr nur dann zu ersetzen, wenn er gerade an einem Rechtsgut eingetreten ist, das durch die Norm vor Verletzung bewahrt werden soll,⁵⁸⁾ wenn der Geschädigte zu dem geschützten Personenkreis gehört⁵⁹⁾ und wenn die verletzte Schutzvorschrift auch gerade die Art und Weise, in der die Beeinträchtigung zustande gekommen ist, verhindern sollte.⁶⁰⁾

Diese über reines Kausalitätsdenken hinausgehenden Überlegungen konnten sich im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB, von wo sie dann auf andere Ersatznormen ausstrahlten,⁶¹⁾ schon frühzeitig durchsetzen.⁶²⁾ Man wird sie heute an dieser Stelle als unbestrittenes Gedankengut⁶³⁾ zu bezeichnen haben.

Für die hier interessierenden, auf Fernwirkungen beruhenden Folgebeeinträchtigungen ergibt sich daraus folgendes: Eine Ersatzmöglichkeit nach § 823 Abs. 2 BGB besteht dann, wenn eine Schutzgesetzverletzung festgestellt werden kann und der geltend gemachte Schaden vom Normzweck der Vorschrift, gegen die verstoßen wurde, erfaßt wird. Verbieta die Schutznorm eine Ge-

56) Larenz, Bd. II, S. 468, § 72, II; so auch Fikentscher S. 648, § 104, III 1.

57) Larenz, Bd. II, S. 469, § 72, II.

58) Soergel-Zeuner Rdnr. 336 zu § 823; Enneccerus-Lehmann S. 951, § 235, IV; Esser, Bd. 2 S. 409, § 107, III 1 b; Wolf S. 16 f.

59) Erman-Drees Rdnr. 129 f. zu § 823; Larenz, Bd. II, S. 469, § 72, II; Wolf S. 16.
Vgl. zu FN. 58 f. aus der Rechtsprechung: RGZ 163, 21, 33; BGHZ 19, 114, 126; 39, 366, 369; 46, 17, 23 f.; BGH NJW 1957, 1762, 1763. Siehe auch Enneccerus-Lehmann S. 954, § 235, IV 1 mit Hinweisen auf die ältere reichsgerichtliche Rechtsprechung.

60) Wolf S. 17; vgl. dazu LG Hannover Recht 1910, 36, 37.

fährdung, so muß der Fernwirkungsschaden noch der vom Schädiger geschaffenen Gefahrenlage zurechenbar sein; unter- sagt sie eine Verletzung, so muß er sich entweder als Objekt- schaden am beeinträchtigten Rechtsgut oder als Folgeschaden, der mit dem Verbot ebenfalls verhindert werden sollte, dar- stellen.^{65a)}

Auf welcher Grundlage die durch die primäre Beeinträchtigung entstandenen Schäden zu ersetzen sind, ist für den Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB ohne Bedeutung. Das erste Schadensereignis ist, ebenso wie bei der auf § 823 Abs. 1 BGB gegründeten An- spruchsberechtigung, nur als Zwischenursache anzusehen. Es führt entweder zur Entstehung der haftungsbegründenden Gesetzes- verletzung oder aber allein der des haftungsausfüllenden Schadens.

III. Der Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB

§ 826 BGB nimmt im Ersatzsystem des Bürgerlichen Gesetzbuchseine Sonderstellung ein. War es nämlich bisher nur erforderlich, daß sich das Verschulden auf die haftungsbegründende Rechts- bzw. Schutzgesetzverletzung bezog - ein entsprechendes Erfordernis wird auch bei vertraglichen Schadensersatzansprüchen zu beobach- ten sein -, wobei also auch unverschuldeter Schaden ersetzt wurde, so postuliert § 826 BGB im Gegensatz dazu, daß sich das Verschulden auch auf den Schaden bezieht⁶⁴⁾ und daß Sitten- widrigkeit der Handlung festgestellt werden kann⁶⁵⁾, Der Schädiger

61) Vgl. die obigen Ausführungen zu § 823 Abs. 1 BGB; auch Rabel S. 502 weist schon darauf hin, daß man diese Gedanken auf andere Ersatzansprüche ausdehnen müsse.

62) Rabel S. 502 (unter Hinweis auf Prot. II S. 517 = Mugdan, Bd. II, S. 1074) billigt ihnen bei § 823 Abs. 2 BGB schon eine relativ sichere Herrschaft zu.

63) Schon Heck S. 451, § 148, 6 sieht die oben dargelegten Gedanken als selbstverständlich an.

64) Das ist allgemeine Ansicht; vgl. etwa Soergel-Knopp Rdnr. 52 zu § 826 oder Palandt-Thomas Anm. 3 a zu § 826.

65) Vgl. u.a. Erman-Drees Rdnr. 6 zu § 826.

65a) Vgl. dazu insgesamt auch die kritischen Ausführungen von Rother S. 12 ff., insb. S. 14 ff., der annimmt, daß die An- nahme einer Schutzgesetzeigenschaft zumeist lediglich anders- gearteten Rechtserwägungen Geltung verschaffen soll; er ist der Ansicht, daß mit den bekannten Schadensregeln ein gleich guter "Anhalt für die Lösung des Falles" zur Verfügung stehe.

muß die gesamten Schadensfolgen, deren Ausgleich § 826 BGB dienen soll, zumindest billigend in Kauf nehmen⁶⁶⁾.⁶⁷⁾ Es ist jedoch nicht erforderlich, daß Kausalverlauf und Höhe bzw. Umfang des eingetretenen Schadens genau abgesehen werden.⁶⁸⁾

Aus diesen allgemeinen Grundsätzen sind für die auf § 826 BGB basierenden Ersatzansprüche für Fernwirkungsschäden folgende Schlüsse zu ziehen: Auf Grund des eingliedrigen Haftungstatbestandes des § 826 BGB - er trifft keine Unterscheidung zwischen haftungsbegründender Verletzung und haftungsausfüllendem Schaden - kann nur für die auf gewolltem Weiterwirken beruhenden Schäden Ausgleich verlangt werden. Denn zwar kennt § 826 BGB keine Beschränkung des Haftungsumfanges nach der Qualität des beeinträchtigten Rechtsguts,⁶⁹⁾ doch müssen die auf Fernwirkungen zurückzuführenden Schadensfolgen in ihrer Entstehung und der Art und Weise des sie bewirkenden Ursachenzusammenhangs vorausgesehen werden; darüber hinaus muß objektiv⁷⁰⁾ Sittenwidrigkeit der Handlung festgestellt werden können.

Setzt sich ein Schadensereignis, das zum Ausgleich nach § 826 BGB verpflichtet, an anderen Rechtsgütern bzw. rechtlich geschützten Interessen fort, ohne daß in bezug auf die dabei entstehenden Folgen die engen subjektiven Voraussetzungen des § 826 BGB festgestellt werden könnten, so kann sich der Anspruchsteller nur auf anderweitige Haftungsnormen berufen. Deren Eingreifen ist nach den jeweils für diese geltenden Grundsätzen zu prüfen. Die für § 826 BGB relevante primäre

66) Vgl. zu dieser Inhaltsbestimmung des bedingten Vorsatzes BGH NJW 1951, 596, 597. Siehe auch BGH MDR 1957, 29, 30 und BGH LM Nr. 15 zu § 823 BGB (Be).

67) So z.B. Soergel-Knopp Rdnr. 53 zu § 826 oder Palandt-Thomas Anm. 3a zu § 826.

68) Palandt-Thomas Anm. 5a zu § 826, der darauf hinweist, daß die §§ 249 ff. BGB gelten; Soergel-Knopp Rdnr. 53 zu § 826.

69) Zu diesem Abgehen vom Enumerationsprinzip im Deliktsrecht vgl. Fikentscher S. 649, § 105, I. § 826 BGB erlangt deshalb vor allem dort Bedeutung, wo andere Ansprüche versagen; so auch BGHZ 31, 258, 271, 278 f.

70) Vgl. dazu z.B. Fikentscher S. 650, § 105, II 4; siehe auch BGHZ 8, 387, 393.

Schädigung stellt sich dabei als Zwischenursache im Rahmen einer haftungsbegründenden Kausalität dar. Der auf der Fernwirkung beruhende Verletzungserfolg muß zwar auch verschuldet sein; es genügt jedoch in der Regel leichteste Fahrlässigkeit.^{73a)} Darüber hinaus unterliegt der sich anschließende Schaden sowohl als Objekt- als auch als Vermögensfolgeschaden keinem Verschuldenserfordernis mehr. Die subjektiven Zurechnungsvoraussetzungen werden somit häufiger erfüllt sein; dagegen können sich aus dem Enumerationsprinzip für reine auf Fernwirkung beruhende Vermögensschäden Haftungseinschränkungen ergeben.

IV. Der vertragliche Schadensersatzanspruch

Im Rahmen vertraglicher Schadensersatzberechtigungen bestehen grundsätzlich sowohl die weitesten subjektiven - es genügt im allgemeinen leichteste Fahrlässigkeit⁷¹⁾ - als auch, da die Beschränkung auf bestimmte Rechtsgutverletzungen unbekannt ist, die weitesten objektiven Voraussetzungen. Seine Rechtfertigung findet dieser weite Haftungsumfang in dem Vorhandensein einer obligatorischen Bindung; die Parteien haben einander besonderes Vertrauen entgegengebracht.⁷²⁾

Daß eine vertragliche Haftung im Zweipersonenverhältnis auch schon vor dem Zeitpunkt des eigentlichen Vertragsschlusses bestehen kann, ist allgemein anerkannt.⁷³⁾ Diese Schadensersatzansprüche aus "culpa in contrahendo" beruhen auf einem

71) Abgesehen sei hier von vertraglich vereinbarten oder kraft Gesetzes bestehenden Haftungsbeschränkungen oder -verschärfungen; vgl. z.B. §§ 538 Abs. 1 1. Alt. 690, 708 BGB.

72) Esser, Bd. 1, S. 371, § 52, I 2.

73) Inwieweit es vertragliche Haftung ohne eigentlichen Vertrag im Dreipersonenverhältnis geben kann, dagegen etwa Böhmer, VersR 1960, 676, 677, soll erst beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte in die Erörterungen miteinbezogen werden.

73a) Zur Verdeutlichung folgendes Beispiel: Erstattet der Wirtschaftsprüfer A, um den Gläubiger B des C zu täuschen, ein falsches Gutachten über die wirtschaftliche Lage des B, so hat der A nach § 826 BGB zwar alle die Schäden des C zu ersetzen, die daraus entstehen, daß dieser, wie A es beabsichtigt, seine Forderungen nicht geltend macht. Wird der B dabei jedoch aus Ärger über A krank, so stellt sich diese Beeinträchtigung nicht mehr als vom Schädigungsvorsatz umfaßte Handlungsfolge dar, die über § 826 BGB auszugleichen ist. In Betracht kommt allein ein Ersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB.

vorvertraglichen gesetzlichen Schuldverhältnis,⁷⁴⁾ das durch Kontaktaufnahme und Inanspruchnahme von Vertrauen zustande kommt. Ob es sich neben dem später entstehenden vertraglichen Schuldverhältnis fortsetzt⁷⁵⁾ oder nur bis zu dessen Wirksamwerden andauert⁷⁶⁾, kann hier unentschieden bleiben. Für die auf Fernwirkungen beruhenden Schäden ist allein von Bedeutung, welche (Folge-)Schäden auf vertraglicher Grundlage überhaupt zu ersetzen sind und welche Schäden der beeinträchtigte Vertragspartner nach dem Satz "casum sentit dominus" selbst zu tragen hat.

Im Rahmen der vertraglichen Schadensersatzhaftung hat die Zurechnung von Schadensfolgen nach dem Schutzzweck der haftungsbegründenden Norm vorrangige Bedeutung erlangt.⁷⁷⁾ Der Grundsatz, daß der Schuldner zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, den er durch verschuldete Pflichtverletzung bewirkt hat, wird dahingehend eingeschränkt, daß Schadensfolgen nur dann eine Ersatzpflicht auszulösen vermögen, wenn "der Ersatz eines derartigen Schadens... durch den Schutzzweck des betreffenden Vertrages gerechtfertigt wird"⁷⁸⁾.⁷⁹⁾ Ein durch Forderungsverletzung bzw. Mißachtung vorvertraglicher Schutzpflichten verursachter Schaden - und dann erst recht Folgeschaden -, dessen Eintritt durch die jeweilige verletzte Pflicht nicht verhindert werden sollte, vermag auf der Grundlage eines vertraglichen Schadensersatzanspruchs nicht ersetzt zu werden.^{79a)}

74) Vgl. hierzu etwa Larenz, MDR 1954, 515, 516 f.

75) So z.B. Canaris, JZ 1965, 475, 478: alle Schutzpflichten sind auf ein einheitliches gesetzliches Schuldverhältnis zurückzuführen; im Anschluß an ihn Thiele, JZ 1967, 649, 654.

76) So die h.M.; vgl. z.B. Larenz, Bd. I, S. 99 f., § 9, II.

77) Vgl. dazu grundlegend Rabel S. 495 ff.

78) Larenz, Bd. I, S. 318, § 27, III b2; das ist ganz h.M.

79) Vgl. hierzu beispielhaft Fikentscher S. 274, § 51, III: Der aus Kummer über eine Vertragsverletzung begangene Selbstmord ist nicht mehr zurechenbare Folge dieser Nichterfüllung oder Schlechtleistung.

79a) In Anlehnung an Rother S. 14 und Rabel S. 503 ist etwa noch folgendes Beispiel anzuführen: Verletzt der Pächter A die vertragliche Pflicht, einen Baum auf dem von B gepachteten Grundstück nicht zu fällen, so soll damit nicht der Schaden verhindert werden, der entsteht, wenn der Baum bei pflichtwidrigem Fällen den B erschlägt. Hier sollte allein die Möglichkeit weiterer Ernten gewährleistet werden.

Außervertragliche Anspruchsgrundlagen bleiben davon unberührt; ihre Prüfung erfolgt nach den für sie geltenden Grundsätzen.⁸⁰⁾

Die Geltung dieser Grundsätze, die in gleicher Weise für den Ersatzanspruch bezüglich des primären wie des sekundären, auf Fernwirkung beruhenden Schadensereignisses gelten, ist unabhängig davon, ob es sich bei der vertraglichen Haftung um eine solche wegen eines Verschuldens oder einer Garantie handelt. Diese Frage erlangt nur für die subjektive Zurechenbarkeit der haftungsbegründenden Pflichtverletzung Bedeutung.⁸¹⁾ Der haftungsausfüllende Zurechnungszusammenhang ist jeweils nach den gleichen Kriterien zu prüfen.

Das bestätigt sich bei Betrachtung des § 463 Satz 1 BGB. Hat der Verkäufer eine Eigenschaft zugesichert, so ist auf Grund dieses Garantiehaftungstatbestandes⁸²⁾ Schadensersatz für Mangelfolgeschäden nach herrschender Ansicht⁸³⁾ insoweit zu leisten, als der Verkäufer auch für Beeinträchtigungen, die durch das Weiterwirken des eigentlichen Mangels auf das weitere Vermögen oder andere Rechtsgüter des Käufers entstehen, unbedingt einstehen soll.⁸⁴⁾ Durch Auslegung der Vertragserklärungen sind die Ersatzpflichten, die der Verkäufer über die allgemeinen Schadensersatzpflichten bei Schlechtleistungen hinaus auf sich genommen hat, zu ermitteln. Diese Auslegung erlaubt hier den

80) Darauf weist auch Fikentscher S. 274, § 51, III hin.

81) Ob allein die Vertragspflichtverletzung oder auch der Verletzungserfolg - diese Frage wurde auch schon oben bei § 823 Abs. 2 BGB angesprochen - verschuldet sein muß, kann hier dahinstehen. Vgl. dazu in diesem Abschnitt II. Siehe aber Fikentscher S. 250, § 49, III 2 b. Überhaupt haben vertragliche Schadensersatzansprüche und solche aus § 823 Abs. 2 BGB große Ähnlichkeit; die Schutzgesetzverletzung entspricht in etwa der Vertragspflichtverletzung; vgl. dazu auch Thalheim S. 142.

82) Zu diesem Charakter des § 463 Abs. 1 BGB Larenz, Bd. II, S. 51, § 41, II c 1: "Garantieversprechen"; Soergel-Ballerstedt Rdnr. 3 zu § 463.

83) Palandt-Putzo Anm. 4 zu § 463; Erman-Weitnauer Rdn. 48 zu § 463; Larenz, Bd. II, S. 53, § 41, II c 3; Diederichsen, AcP 165, 150, 161; BGHZ 50, 200, 205; BGH NJW 1973, 843, 845. Soergel-Ballerstedt Rdnr. 11 zu § 463 ersetzt den Mangelfolgeschaden nach § 463 Abs. 1 BGB ohne Rücksicht auf den Umfang der Zusicherung.

Schluß auf die über das normale Maß der Verschuldenshaftung hinaus geschützten Rechtsgüter und damit den der Garantiehaftung unterliegenden Folgeschaden.

An die Stelle der Auslegung der Vertragserklärungen bei der Schadensersatzhaftung für Schlechtleistung bzw. positive Forderungsverletzung⁸⁵⁾ tritt bei der gesetzlich geregelten Haftung für Leistungsstörungen die Gesetzesauslegung. Bei der Verpflichtung zur Ersatzleistung für Verzugsschaden sind deshalb z.B. nur solche Schäden und damit auch Fernwirkungsschäden zu ersetzen, die gerade durch die Verpflichtung zu^{88a)} rechtzeitiger Leistung verhindert werden sollen.

V. Die Gefährdungshaftungstatbestände

Die Gefährdungshaftungstatbestände⁸⁶⁾ setzen ebenso wie § 823 Abs. 1 BGB die Verletzung bestimmter Rechtsgüter voraus; sie sind somit ebenfalls als zweigliedrige Haftungsnormen anzusehen, wobei sich an die haftungsbegründende Rechtsverletzung der "haftungsausfüllende Schaden" anschließt. Sie statuieren eine Erfolgshaftung für im Interesse der Allgemeinheit dem Nutznießer⁸⁷⁾ zwar erlaubte, von ihm aber nicht voll beherrschbare Gefährdungen.⁸⁸⁾

84) Dazu, daß das auch bei arglistiger Zusicherung gelten muß, vgl. Palandt-Putzo Anm. 4 zu § 463 m.w.N.; a.A. Larenz, Bd. II, S. 53, § 41, II c 3.

85) Medicus S. 132, § 14, IV 1 b will die Bezeichnung "positive Vertrags-" bzw. "Forderungsverletzung" durch den Begriff der "Schlechtleistung" ersetzen.

86) So etwa die §§ 833 Satz 1 BGB, 1 RHG, 1 SHG, 7 StVG, 33 LuftVG, §§ 25 f. AtomG. Zu § 22 WHG und seinem Charakter als Gefährdungshaftungstatbestand vgl. Larenz, VersR 1963, 593, 600.

87) Dazu, daß nicht der dinglich Berechtigte, sondern der Begünstigte haftet, vgl. Esser, Bd. 1, S. 73, § 10, I 1b.

88) Esser, Bd. 1, S. 72, § 10, I 1.

88a) Vgl. das Beispiel bei Soergel-R.Schmidt Rdnr. 3 zu § 286: Der Reisende, der mit einem späteren Zug fahren muß, weil der Schneider einen Anzug nicht rechtzeitig fertiggestellt hat, kann aus § 286 BGB nicht den Schaden ersetzt verlangen, der ihm durch die Verletzungen entsteht, die er erleidet, weil dieser spätere Zug verunglückt.

Kennzeichnend für die Gefährdungshaftung ist die Tatsache, daß sie kein Verschulden voraussetzt.⁸⁹⁾ Dieses Fehlen einer subjektiven Haftungseinschränkung ist als Ausgleich für die Erlaubnis, eine Gefahrenquelle zu schaffen, anzusehen.⁹⁰⁾ Die Frage nach der Rechtswidrigkeit der eingetretenen Beeinträchtigung erlangt für den Bereich der Gefährdungshaftung keine Bedeutung.⁹¹⁾ Ob man darüber hinaus die Verwirklichung einer erlaubten Gefährdung als rechtswidrig bezeichnen kann, ist zumindest zweifelhaft; das gilt insbesondere dann, wenn man Rechtswidrigkeit als objektiven "auf einer Handlungs- Erfolgswertung beruhenden Normverstoß" ansieht⁹²⁾ und nicht allein den Erfolg bewertet.

Somit verbleiben im Rahmen der Gefährdungshaftungstatbestände, um die als notwendig erachteten Haftungsbeschränkungen zu erreichen,⁹³⁾ nur Zurechnungserwägungen. Auf die Adäquanztheorie mit ihrem oben dargestellten Inhalt kann in diesem Zusammenhang nicht zurückgegriffen werden.⁹⁴⁾ Denn auf Grund einer Gefährdungshaftungsnorm wird nicht eigentlich ein eventueller Verursacher in Anspruch genommen - es geht hier nicht um die Beherrschbarkeit von Handlungsfolgen -, "sondern derjenige, in dessen genau festgelegten Risikobereich der Schaden fällt"⁹⁵⁾. Die Gefährdungshaftungstatbestände sind gerade für solche Risiken geschaffen worden, die allein durch den Willen des Handelnden nicht mehr vollständig beherrscht werden können.⁹⁶⁾ Im Vordergrund steht die "Risikoverteilung für Unglücksschäden"⁹⁷⁾. Sollte

89) Siehe etwa Larenz, VersR 1963, 593, 596.

90) Vgl. zu dem darin enthaltenen "Korrelatsgedanken" Soergel-R. Schmidt RdNr. 15 zu §§ 249-253.

91) So z.B. Esser, Bd. 1, S. 73, § 10, I 1a; Larenz, VersR 1963, 593, 597.

92) So Fikentscher S. 257, § 49, III 4b, der dabei von der Lehre vom Handlungsunrecht ausgeht. Auch wenn man schon allein den durch die Verwirklichung der Gefährdung eingetretenen Erfolg als rechtswidrig ansieht, hat das auf die Ersatzfähigkeit von Drittwirkungsschäden keinen Einfluß.

93) Zum Erfordernis der Haftungsbeschränkung vgl. Esser, Bd. 1, S. 73 f., § 10, I 2.

94) A.A. für § 833 Abs. 1 BGB Palandt-Thomas Anm. 4 zu § 833 und generell für alle Gefährdungshaftungsnormen Palandt-Heinrichs Vorbem. 5 b aa vor § 249.

95) Larenz, VersR 1963, 593, 597.

sich daneben Zurechenbarkeit auch zu einer Handlung, die nicht in der Eröffnung des Gefahrenbereichs liegt, ergeben, können die allgemeinen Haftungstatbestände, falls deren weiteren (Verschuldens-)Voraussetzungen vorliegen, eingreifen.

Der Zurechnungsbereich ergibt sich entweder ausdrücklich aus der Haftungsnorm oder aber zumindest durch ihre Auslegung. Entweder stellt das Gesetz ausdrückliche Zurechnungskriterien auf, um den Schutzbereich festzulegen, so z.B. bei der Straßenverkehrs- und der Eisenbahnhaftung, die einen Schadenseintritt "beim Betrieb" voraussetzen,⁹⁸⁾ oder diese werden - wie bei der Tierhalterhaftung mit der Berücksichtigung nur der typischen Tiergefahr⁹⁹⁾ - durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet.¹⁰⁰⁾ Der Frage, welcher genaue Inhalt den Zurechnungsgesichtspunkten im einzelnen zukommt, kann an dieser Stelle nicht weiter nachgegangen werden.¹⁰¹⁾

Eine so als Gefährdungszurechnung¹⁰²⁾ verstandene "Adäquanz-"¹⁰³⁾

96) Esser, Bd. 1, S. 301, § 44, II 1 b.

97) So Esser, Bd. 1, S. 72, § 10, I 1a; vgl. auch Larenz, VersR 1963, 593, 596.

98) Vgl. z.B. §§ 7 Abs. 1 StVG, 1 RHG, 1 SHG, § 33 Abs. 1 Satz 1 LuftVG.

99) Das ist h.A.; vgl. z.B. Palandt-Thomas Anm. 3b zu § 833; Esser, Bd. 1, S. 302, § 44, II 2b; BGH LM Nr. 3a zu § 833 BGB; OLG Köln MDR 1973, 582, 583.

100) Der Bundesgerichtshof fragt ebenso wie bei § 823 Abs. 1 BGB, ob der geltend gemachte Schaden noch innerhalb des Schutzzwecks der Anspruchsnorm liegt und ob es sich bei den Folgen um solche handelt, die in den Bereich der Gefahren fallen, um derentwillen die Norm erlassen wurde. Vgl. BGHZ 37, 311, 315 unter Berufung auf BGHZ 27, 137, 140 und BGH LM Nr. 20 zu § 7 StVG.

101) Vgl. dazu die einschlägige Kommentarliteratur; siehe zum Betrieb eines Kraftfahrzeugs Herman Lange, JuS 1973, 280, 281 ff. zu BGHZ 58, 162 ff.; siehe auch BGHZ 37, 311, 316; BGH NJW 1968, 2287, 2288; 1971, 459, 460.

102) Eingehend Kanno S. 70 ff.

103) Vgl. Rother S. 119.

bzw. Schutzzwecktheorie hat bei den Gefährdungshaftungsnormen ihren Hauptanwendungsbereich im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität. Ebenso wie bei einer Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB die haftungsbegründende Rechtsverletzung der Handlung, so muß sie hier der Gefährdung zurechenbar sein.

Aber auch im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität erlangt der Gedanke der Verwirklichung einer spezifischen Betriebsgefahr ausschlaggebende Bedeutung. Denn durch die Anordnung, beim Umschlagen einer Gefährdung in einen Eingriff Schäden an bestimmten Rechtsgütern zu ersetzen, soll nur der Ausgleich all derjenigen Schäden und Folgeschäden ermöglicht werden, deren Eintritt der haftungsbegründenden Rechtsverletzung und damit dem verwirklichten Betriebsrisiko zurechenbar ist.

Das wird jedoch nur dann relevant, wenn es sich bei den zu ersetzenden Schäden um Folgeschäden handelt und wenn die ihnen zugrundeliegende Verletzung sich nicht als eine an den in der Haftungsnorm aufgeführten Rechtsgütern darstellt, wenn also z.B. ein Vermögensfolgeschaden eingetreten ist. Denn daß der Schaden an dem verletzten Rechtsgut selbst ersetzt wird, ist selbstverständlich. Und sollte sich die primäre Beeinträchtigung an einem anderen ausdrücklich geschützten Rechtsgut fortsetzen, kann hierbei wiederum, wenn es sich noch um eine Verwirklichung des Betriebsrisikos handelt, ein neuer haftungsbegründender Tatbestand angenommen werden. Denn ein Verschuldensbezug ist nicht erforderlich; indirekte Verursachung ist als ausreichend anzusehen.¹⁰⁴⁾

Wendet man die so gefundenen allgemeinen Grundsätze auf Beeinträchtigungen, die auf der Fernwirkung eines Schadensereignisses beruhen, an, so ergibt sich folgendes: Die primäre Verletzung bzw. der dadurch bewirkte Schaden kann sich sowohl im Rahmen der haftungsbegründenden als auch der haftungsaus-

104) So Palandt-Thomas Anm. 3c zu § 833 speziell für § 833 Satz 1 BGB. Dies muß jedoch für alle Gefährdungshaftungsnormen gelten.

füllenden Kausalität eines Gefährdungshaftungstatbestandes auswirken. Ob und auf welcher Grundlage die erste Beeinträchtigung ausgeglichen wird oder werden kann, ist ohne Bedeutung. Für den Ersatz der sekundären Schäden ergibt sich aus der Tatsache, daß es sich um Fernwirkungsschäden handelt, keine Besonderheit: Denn auch wenn eine als Schadensereignis zu qualifizierende Bedingung des zweiten negativen Erfolges festgestellt werden kann, ist für einen Ersatzanspruch allein das Vorliegen irgendeiner haftungsbegründenden Verletzung und die Zurechenbarkeit sowohl dieser Verletzung als auch des zu ersetzenden Schadens zur Gefährdung maßgebend.¹⁰⁵⁾

Da auch im Rahmen der Gefährdungshaftung von Zurechenbarkeit gesprochen wurde, sollen kurz die Unterschiede zur Zurechnungsprüfung bei der Verschuldenshaftung aufgezeigt werden. Bei der letzteren dienen Adäquanz- und Schutzzwecktheorie der Feststellung, ob ein - im Sinne der *conditio-sine-qua-non*-Formel verursachter - Schaden der Handlung des Schädigers zugerechnet werden kann. Dieselben Wertungen sind im Rahmen der Gefährdungshaftung mit dem Bezugspunkt Betriebsgefahr vorzunehmen; der Unterschied zur Verschuldenshaftung liegt an sich allein darin, daß die Zurechnungskriterien in den meisten Fällen gesetzlich festgelegt sind und daß sie weiterhin nicht, wie im Rahmen der Adäquanztheorie, hinter Kausalitätserwägungen verborgen sind.

Es bleibt noch darauf hinzuweisen, daß neben den Gefährdungshaftungstatbeständen die vertraglichen und gesetzlichen Schadensersatzansprüche, wie sie bisher dargestellt wurden, voll anwendbar bleiben.¹⁰⁶⁾

VI. Zusammenfassung

Die Frage nach der Ersatzfähigkeit von Fernwirkungsschäden im Zweipersonenverhältnis stellt sich als die nach dem durch die einzelnen Ersatznormen eröffneten Anspruchsumfang; der Tatsache, daß insoweit besonders gestaltete Ursachenketten vorliegen, kommt, solange überhaupt eine haftungsbegründende Verletzung feststellbar ist, keine grundsätzliche Bedeutung

zu. Ausgehend vom Prinzip der Totalrestitution wären Beeinträchtigungen, die auf dem Fortwirken eines Schadensereignisses beruhen, an sich auf der Grundlage der ersten haftungsbe gründenden Rechtsverletzung in vollem Umfang zu ersetzen; Ausnahmen bestehen nur bei § 826 BGB und für den Ausgleich immaterieller Schäden nach § 847 BGB.

Da ein Schädiger durch diese umfassende Haftung zuweilen unbillig belastet würde, ist sie vor allem unter dem Gesichtspunkt der Zurechenbarkeit zu begrenzen. Mit der Adäquanztheorie und der Erfassung des Anspruchsumfangs an Hand von Schutzzwecküberlegungen stehen hierzu geeignete Mittel zur Verfügung.

Zusammenfassend ist folgendes festzuhalten: Hat ein schädigender Vorgang in der Rechtssphäre des Geschädigten über den ersten Verletzungserfolg hinaus weitere nachteilige Auswirkungen, so handelt es sich bei den Fragen, die sich auf die Ersatzfähigkeit der auf diese Weise verursachten Folgeschäden beziehen, um solche nach einer interessengemäßen Haftungsbeschränkung. Das steht im Gegensatz zu einigen Fallgestaltungen des im weiteren Verlauf darzustellenden Mehrpersonenverhältnisses; denn bei diesen ist in der Praxis gerade eine Tendenz hin zu einer Haftungsausweitung zu beobachten.

105) Ein Beispiel zur Verdeutlichung: Wird beim Betrieb einer Eisenbahn eine Sache beschädigt, so ergibt sich der Ersatzanspruch aus § 1 SHG. Hat diese Sachbeschädigung zur Folge, daß der Anspruchsteller A einen Körperschaden erleidet - etwa weil es sich bei der Sache um einen Säurebehälter handelt, der in Scherben gegangen ist und dessen Inhalt sich über A ergossen hat -, so ist der A aus § 1 RHG ersatzberechtig. Da seine Verletzung ebenfalls noch in Zusammenhang mit dem Betrieb der Eisenbahn steht, erlangt die Tatsache, daß die haftungsbegründende Rechtsverletzung indirekt verursacht ist, keine weitere Bedeutung.

106) Vgl. z.B. Medicus S. 279, § 24, IV 4.

2. Abschnitt

ZUM AUSGLEICH VON FERNWIRKUNGSSCHÄDEN IM MEHRPERSONENVERHÄLTNIS

Nachdem im bisherigen Verlauf der Arbeit die ersatzrechtliche Lage isoliert für das Zweipersonenverhältnis, also allein unter dem Gesichtspunkt des Weiterwirkens eines Schadensereignisses auf andere Rechtsgüter des Verletzten dargestellt wurde,¹⁾ ist im folgenden den Ersatzberechtigungen nachzugehen, die demjenigen eröffnet sein können, der durch einen bei einem anderen verursachten Schadens- bzw. Verletzungserfolg, also durch ein drittwirkendes Schadensereignis in Mitleidenschaft gezogen wurde.

An Hand dieses vielfältigen Anschauungsmaterials wird endlich im dritten Abschnitt die Frage zu erörtern sein, ob und inwieweit die verschiedenen Erscheinungsformen des Drittschadensausgleichs auf gemeinsamen Grundprinzipien - etwa entsprechend dem der Zurechenbarkeit zu einer haftungsbegründenden Rechtsverletzung im Zweipersonenverhältnis - beruhen.

I. Zur systematischen Erfassung der Ersatzansprüche eines Drittbetroffenen

Bevor im weiteren Verlauf die Ersatzberechtigungen eines Drittwirkungsgeschädigten im einzelnen dargestellt werden sollen, bedarf es einiger einführender Bemerkungen. Sie sollen insbesondere dazu dienen, die Ausgleichswege, die einem Dritten grundsätzlich zur Verfügung stehen können, zu skizzieren.

1) Unter dem Aspekt des Mehrpersonenverhältnisses wurden damit gleichzeitig die möglichen Ansprüche des Erstbetroffenen dargestellt. Soweit es erforderlich erscheinen wird, werden diese grundsätzlichen Ausführungen im weiteren Verlauf zu ergänzen sein. Im übrigen gelten die oben aufgezeigten Grundsätze auch für die im folgenden darzustellenden Schadensersatzansprüche des Dritten, wenn er Ersatz für solche Beeinträchtigungen verlangt, die sich als über den ersten schädigenden Eingriff in seine Rechtssphäre hinausgehende, an anderen Rechtsgütern eingetretene Schäden darstellen.

A. Die Einteilung in fünf Hauptgruppen

Die einem Dritten möglicherweise zustehenden Ersatzberechtigungen lassen sich in fünf Hauptgruppen einteilen. Wann es sich bei diesen um Schadensersatz- und wann um Regreßansprüche handelt, soll im Anschluß an diese Unterscheidung klargestellt werden.

(a) Unter Umständen kann der Dritte auf der Grundlage der allgemeinen Haftungstatbestände gegen den Schädiger vorgehen.¹⁾ Seine Beeinträchtigungen stellen sich dann als unmittelbare Schäden dar. Probleme können sich aus der Frage ergeben, in welchem Umfang die einzelnen Ersatznormen dem aus ihnen berechtigten, unmittelbar geschädigten Drittbetroffenen Ansprüche zuerkennen.

(b) Hat ein primär Verletzter ~~die~~ beim Dritten eingetretenen und an sich vom eigentlichen Schädiger verursachten Nachteile schadensersatzrechtlich zu vertreten, so stehen dem Dritten gegenüber diesem Erstverletzten Ersatzansprüche wegen der bei ihm entstandenen Beeinträchtigungen zu.^{2a)} Er kann dabei dem Schädiger gegenüber unmittelbar oder mittelbar geschädigt sein; dagegen muß er, um erfolgreich gegen den Erstverletzten vorgehen zu können, in bezug auf diesen als unmittelbar Geschädigter anzusehen sein. Kann jener dem Schädiger gegenüber die Belastung mit den Ansprüchen des Dritten auf der Grundlage eines eigenen Schadensersatzanspruchs als ersatzfähigen Schaden geltend machen, kann er also als Ersatzberechtigter den Ausgleich des koinzidierenden Haftungsinteresses²⁾ verlangen, so besteht die Möglichkeit, den Schaden endgültig auf den eigentlichen Verursacher abzuwälzen.

1) Eike Schmidt S. 607 sieht dies als Selbstverständlichkeit an.

2) Vgl. hierzu z.B. Blomeyer S. 200, § 33, IV; Marschall v. Bieberstein S. 286; Hagen S. 10; Reinhardt S. 14; Tägert S. 4; Kluckhohn, AcP 111, 394, 410 f.; v. Tuhr, Grünhutz 25, 529, 537; v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 269.

2a) Zur Einführung ein Beispiel: Der A verzögert die Belieferung des B; durch die daher ebenfalls verspätete Leistung des B entsteht dem C ein Schaden. C kann nach § 286 BGB den an sich von A verursachten Verzögerungsschaden bei B liquidieren; B hat die Pflichtverletzung des A, die dieser ihm gegenüber begangen hat, im Verhältnis zu C zu vertreten.

(c) Eine weitere Ersatzmöglichkeit besteht dann, wenn die Beeinträchtigungen des Dritten als zwar grundsätzlich nicht ersatzfähige mittelbare Schäden anzusehen sind, deren Ausgleich jedoch ausnahmsweise durch das Gesetz angeordnet ist.³⁾

(d) Nachteilige Auswirkungen eines Schadensereignisses auf die Rechtssphäre eines Dritten, die nicht durch Anspruchsnormen erfaßt werden, die als ausdrückliche Rechtsfolge die Verpflichtung zu Schadensersatzleistungen aussprechen, sind möglicherweise dennoch, und zwar auf Grund anderweitiger Forderungsberechtigungen auszugleichen. Diese außerhalb gesetzlicher Schadensersatzpflicht - wozu auch der Normalfall des Schadensersatzes wegen Vertragsverletzung zu zählen ist - stehenden Ansprüche stellen den vierten allgemeinen Ersatzweg dar. Man kann sie wiederum auf drei Untergruppierungen aufteilen.

(aa) Einmal kann dadurch eine Ausgleichsmöglichkeit für den Dritten geschaffen werden, daß der Schadensersatzanspruch des primär Geschädigten kraft Gesetzes auf ihn übergeht.⁴⁾ Macht ihn der durch die Drittwirkung Betroffene geltend, so kann er sich in dem Umfang Ausgleich für die bei ihm eingetretenen Nachteile verschaffen, in dem der Verletzte anspruchsberechtigt war.

(bb) Als zweite Untergruppe ist die Möglichkeit einer rechtsgeschäftlichen Abtretung des Schadensersatzanspruchs des primär Geschädigten an den Dritten anzuführen. Im Erfolg unterscheidet sich dieser Ersatzweg nicht von dem oben (aa) aufgezeigten. Da hier aber vor allem die Fragen nach dem Bestehenbleiben des Anspruchs trotz Leistungen des Dritten an den Geschädigten und der Grundlage für eine Abtretungsverpflichtung⁵⁾ in den

3) Vgl. zu diesem Ersatzweg z.B. § 844 BGB; siehe dazu u.a. Soergel-R.Schmidt Rdnr. 93 zu §§ 249-253; v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, S. 68.

4) Vgl. hier als Beispiele für diese Möglichkeit nur § 1542 RVO oder § 67 VVG.

5) Für reine Gefälligkeitsabtretungen, z.B. aus Kulanzgründen, die im weiteren Verlauf außer Betracht bleiben sollen, gelten im Prinzip die gleichen Grundsätze wie für erzwingbare Abtretungen.

Vordergrund treten werden, erscheint eine Trennung dieser beiden Ausgleichsmöglichkeiten angebracht.

(cc) Die letzte Untergruppierung der nicht schadensersatzrechtlichen Ersatzberechtigungen stellen die Ansprüche auf der Grundlage von Aufwendungsersatz - bzw. Ausgleichsvorschriften dar. Hervorgehoben seien hier ungerechtfertigte Bereicherung, §§ 812 ff. BGB, Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677 ff. BGB, und auch der Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 Abs. 1 BGB. Zwar wird durch diese Vorschriften dem Dritten die Möglichkeit eröffnet, in seiner Person entstandene Ansprüche zu erheben, abgesehen von § 426 Abs. 1 BGB kommt ihnen jedoch, wie im Laufe der Darstellung zu zeigen sein wird, kaum praktische Bedeutung zu.

(e) Als fünfter Ausgleichsweg und damit als letzte Hauptgruppe müssen endlich die von Rechtsprechung und Lehre geschaffenen Möglichkeiten angeführt werden, besonders gestaltete Drittbeeinträchtigungen auszugleichen, deren Ersatz allein mit den gesetzlich vorgegebenen Mitteln nicht möglich ist. Als die beiden großen Problemkreise der so zusammengefaßten Ersatzberechtigungen werden die Drittschadensliquidation und der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte darzustellen sein. Auf die Grundstruktur der damit zu erfassenden Fälle sei schon hier hingewiesen: Der Dritte erleidet einen Schaden, wogegen dem Anspruchsberechtigten keine Nachteile erwachsen.⁶⁾ Bei der Drittschadensliquidation wird "der Schaden zum Verletzten gezogen"; beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte wird dem Geschädigten eine eigene Anspruchsgrundlage zuerkannt, die ihn einem am Vertrag beteiligten Geschädigten gleichstellt.⁷⁾ Da sich der Anwendungsbereich dieser Rechtsinstitute erst dann bestimmen läßt, wenn derjenige der durch die gesetzlichen Regelungen dem Dritten eröffneten Ausgleichsmöglichkeiten abgesteckt ist,⁸⁾ müssen Drittschadensliquidation

6) Vgl. für die Drittschadensliquidation Esser, Bd. 1, S. 294, § 43, II; für den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte Larenz, Bd. I, S. 166, § 17, II; siehe auch Söllner, JuS 1970, 159, 163.

7) Siehe z.B. Hagen S. 6; Eike Schmidt S. 612; Söllner, JuS 1970, 159, 163 im Anschluß an Medicus S. 359, § 33, IV 5.

und Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte sowohl bei dieser Zusammenfassung als auch bei der nachfolgenden Darstellung den Abschluß bilden.

Beeinträchtigungen, die nicht auf Grund einer diesen fünf Ersatzwegen zuzuordnenden Forderungsberechtigung ersetzt werden, sind als endgültig vom Drittbetroffenen zu tragende mittelbare Schäden anzusehen. Sie erlangen für die Rechtsordnung ersatzrechtlich keine Bedeutung.

B) Die Einteilung in Schadensersatz- und Regreßansprüche

Um einen Schadensersatzanspruch annehmen zu können, muß die den Ausgleich ermöglichende Norm dahingehend ausgestaltet sein, daß sie als Rechtsfolge ausdrücklich die Verpflichtung, Schadensersatz zu leisten, ausspricht. Somit liegen sowohl bei den in der ersten bis dritten als auch in der fünften Hauptgruppe zusammengefaßten Ersatzwegen echte Schadensersatzansprüche vor. Werden diese zu Rückgriffszwecken herangezogen, ^{10a)} so ist zu unterscheiden: Gehen sie auf Grund von Überleitungsnormen ⁹⁾ oder einer Abtretung auf den Regreßberechtigten über, so macht er auf ihrer Grundlage nicht seine eigenen Beeinträchtigungen geltend; der auf Ersatz fremden Schadens gerichtete, auf ihn übergegangene Schadensersatzanspruch ist vielmehr nur das Mittel zur Durchsetzung des eigenen Rückgriffsanspruchs. Daneben gibt es aber auch eigene Schadensersatzansprüche des Dritten, deren Geltendmachung zusätzlich rückgriffsmäßige Wirkung zukommen kann, die also einen Doppelcharakter aufweisen. ¹⁰⁾

8) Vgl. zur Subsidiarität der Drittschadensliquidation in diesem Zusammenhang nur Hagen, JuS 1969, 61, 66.

9) Es handelt sich dabei um die Fälle einer cessio legis oder einer Überleitungsanzeige; vgl. dazu zusammenfassend Medicus S. 385, § 35, I 1.

10) Auf die damit zusammenhängenden Fragen wird bei der Darstellung der Regreßwirkung, die zuweilen in der Geltendmachung eines koinzidierenden Haftungsinteresses liegen kann, zurückzukommen sein.

10a) Das ist z.B. dann der Fall, wenn der Geschäftsherr A, dessen Gehilfe B den C geschädigt hat, von B etwa wegen einer positiven Vertragsverletzung oder auf der Grundlage des abgetretenen Schadensersatzanspruchs des C Ausgleich zu erlangen vermag; er kann den Schaden, der bei ihm infolge der an C erbrachten Ersatzleistungen entstanden ist, bei B liquidieren.

Da es bei der hier vorzunehmenden Einteilung allein um die Qualifizierung der erhobenen Ansprüche geht, soll damit nicht die Entscheidung der Frage, ob mit der Nur-Rückgriffsberechtigung nicht ebenfalls Schäden eines Dritten ersetzt werden, vorweggenommen werden.

Regreßansprüche sind, soweit das hier von Bedeutung ist, allgemein dadurch gekennzeichnet, daß sie den Ausgleich solcher Nachteile bezwecken, die durch das Erbringen von auf rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher¹¹⁾ Verpflichtung beruhenden Leistungen im Vermögen des Dritten entstanden sind. Die Aufwendungen desjenigen, der einen Rückgriffsanspruch geltend macht, stellen sich dabei als Erfüllung einer von mehreren Verbindlichkeiten, die auf die Befriedigung desselben Gläubigerinteresses gerichtet sind, dar.¹²⁾ Das gilt grundsätzlich auch für den Fall, daß mehrere Schädiger für einen Schaden verantwortlich sind und nach § 840 Abs. 1 BGB bzw. entsprechend dieser Vorschrift als Gesamtschuldner haften. Derjenige, der den Schaden voll abdeckt, leistet zumindest im Innenverhältnis¹³⁾ - in der Regel teilweise - auch für den anderen Schädiger, von dem er dann nach § 426 BGB Ausgleich verlangen kann.¹⁴⁾

Bei den Rückgriffsberechtigungen kann man, wie sich aus den obigen Ausführungen schon ergibt, nach der Art, in der sie begründet werden können, drei Formen unterscheiden: es sind

11) Vgl. z.B. die §§ 616 und 1601 ff. BGB.

12) So Esser, Bd. 1, S. 445, § 59, IV; Larenz, Bd. I, S. 380, § 32; Medicus S. 384 f., § 35, I; Selb, Studie, S. 11.

13) Im Außenverhältnis, in dem die Verpflichtung des anderen Gesamtschuldners außer Betracht bleibt, leistet er nur auf die ihn selbst in voller Höhe treffende Verbindlichkeit; insoweit tritt er für den anderen nicht in Vorlage; vgl. Larenz, Bd. I, S. 442, § 37, III.

14) Auf die damit zusammenhängende, strikte Trennung zwischen Außen- und Innenverhältnis bei der Gesamtschuld weist z.B. Grunsky S. 646 hin.

dies der Zessionsregreß sowohl auf der Grundlage eines gesetzlichen Forderungsübergangs als auch auf der einer rechtsgeschäftlichen Abtretung und der durch Aufwendungsersatz- bzw. Ausgleichsansprüche ermöglichte Regreß. Die Rückgriffswege, wie sie von § 426 Abs. 1 und Abs. 2 BGB eröffnet werden, lassen sich diesen drei Möglichkeiten zuordnen. § 426 Abs. 1 BGB hat seinen Platz im Rahmen des mit Hilfe ursprünglich eigener und selbständiger Forderungsberechtigungen erfolgenden Regresses¹⁵⁾; § 426 Abs. 2 BGB stellt sich als ein Unterfall der durch eine cessio legis begründeten Rückgriffsberechtigung dar.

C) Die Unterscheidung zwischen Schadensumsetzung und Schadensverlagerung

Die Inhalte dieser beiden Begriffe, die im weiteren Verlauf der Darstellung Bedeutung erlangen werden, sind im Rahmen der allgemeinen Vorbemerkungen zu klären. Mit der Bezeichnung "Schadensumsetzung" soll ein Unterfall der Drittwirkungen eines Schadensereignisses herausgehoben werden. Er ist dadurch gekennzeichnet, daß der beim Verletzten verursachte Schaden in der Weise auf den Dritten abgewälzt wird, daß dieser an der Stelle des Schädigers den Geschädigten ganz oder teilweise befriedigt. Ob dabei der Schadensersatzanspruch nach §§ 362 ff., 267 BGB erfüllt oder die Einbuße nur faktisch ausgeglichen wird, ist dabei ohne Bedeutung. Der Dritte trägt in Höhe seiner Aufwendungen den Schaden. Der ursprünglich beim Dritten entstandene Schaden hat sich auf ihn umgesetzt.

Davon abzugrenzen ist der Begriff der Schadensverlagerung¹⁶⁾. Es wird in Verbindung mit der Drittschadensliquidation gebraucht, wo er die von vielen Autoren für die Anwendung dieses Rechtsinstituts als maßgeblich angesehenen tatsächlichen Ausgangslage kennzeichnen soll. Er erfaßt dabei alle Fälle, in

15) § 426 Abs. 1 BGB normiert sowohl eine selbständige Ausgleichspflicht als auch einen selbständigen Ausgleichsanspruch; vgl. Palandt-Heinrichs Anm. 2a und 2b bb zu § 426.

16) Erstmals verwendet wird er von Tägert, vgl. z.B. a.a.O. S. 36.

denen dem Verletzten kein Schaden entsteht, dieser Schaden vielmehr auf Grund besonderer Umstände beim Dritten eintritt.¹⁷⁾

Der Unterschied der Schadensverlagerung zur Schadensumsetzung ist darin zu sehen, daß bei ersterer der Schaden von vornherein in der Person des Dritten entsteht, wogegen der sich umsetzende Schaden erst dem Verletzten erwächst, jedoch im weiteren Verlauf vom Dritten ausgeglichen wird und damit auf ihn übergeht.¹⁸⁾

D) _ Zur Darstellung

Für die folgenden Ausführungen kommen zwei Darstellungsmöglichkeiten in Betracht; zum einen kann man sich bei der Erörterung der Frage, inwieweit auf Drittwirkungen beruhende Beeinträchtigungen eines sekundär Betroffenen auszugleichen sind, allein auf die Behandlung der problematischen Fallgestaltungen beschränken. Zum anderen bietet es sich aber auch an, nach den oben aufgezeigten Ersatzwegen und innerhalb dieser nach den im einzelnen in Betracht zu ziehenden Anspruchsgrundlagen zu gliedern.

Da versucht werden soll, ein geschlossenes System der einem Dritten zustehenden Ersatzmöglichkeiten zu entwickeln, soll, auch auf die Gefahr hin, einige Fallgruppen, bei denen die Prüfung mehrerer Anspruchsgrundlagen erforderlich werden wird, nicht abschließend im Zusammenhang darstellen zu können, sondern unter verschiedenen, auch räumlich getrennten Gesichtspunkten erörtern zu müssen, die zweite Gliederungsmöglichkeit gewählt werden.

17) Vgl. z.B. Täger S. 35; Larenz, Bd. I, S. 328, § 27, IV 2 b; Esser, Bd. 1, S. 296, § 43, II 5 stellt auf die "Diskrepanz zwischen formaler Rechtsstellung und wahrer (wirtschaftlicher) Interessenlage" ab. Siehe auch Selb, NJW 1964, 1765, 1766; v. Caemmerer, ZHR 127, 241 ff.

18) Ein umgesetzter Schaden ist etwa der des gehaltsfortzahlenden Arbeitgebers; durch die Weiterentrichtung der Bezüge wird der Erwerbsausfallschaden des verletzten Angestellten zumindest faktisch gedeckt; er setzt sich jedoch im Vermögen des Arbeitgebers fort. Dagegen entsteht bei einer obligatorischen Entlastung, dem gemeinhin als Musterbeispiel für eine Schadensverlagerung angesehenen Fall, der Schaden von vorneherein bei demjenigen, der abweichend vom Regelfall die Gefahr trägt.

II. Der Anspruch des Dritten auf Ersatz unmittelbaren Schadens

Ein Dritter kann dann als unmittelbar Geschädigter Schadensersatz verlangen, wenn er nach der Systematik des Gesetzes als ersatzberechtigt anzusehen ist - wenn er also z.B. Beeinträchtigungen an seinen deliktisch geschützten Rechtsgütern erlitten hat - und wenn auch die weiteren Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind. Wann dies im einzelnen der Fall ist, soll im folgenden an Hand der ihm möglicherweise zustehenden Ansprüche geklärt werden.

A) Der Ersatzanspruch des Dritten aus § 823 Abs. 1 BGB

Einem geschädigten Dritten steht ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB dann zu, wenn eine dem Schädiger objektiv und subjektiv zurechenbare Verletzung der dem Dritten zugeordneten, deliktisch geschützten Rechtsgüter vorliegt und der geltend gemachte Schaden ersatzfähig ist.¹⁾ Die haftungsbe gründende Rechtsgutverletzung ist indirekt verursacht. Anlaß zu näherer Erörterung geben folgende Problemgestaltungen:

1) Der Ersatz von Schockschäden Dritter

a) Die Ausgangslage

Infolge des Miterlebens eines zurechenbar und schuldhaft verursachten Verletzungsereignisses - zurechenbar deshalb, weil ohne vom Willen beherrschbare Zwischenursache auch der Enderfolg ersatzrechtlich nicht relevant sein kann, schuldhaft, weil sonst auch die endgültige Rechtsverletzung mangels verschuldeten haftungsbegründenden Kausalzusammenhangs nicht in

1) Das ist allgemeine Ansicht: vgl. z.B. Erman-Sirp RdNr. 19, 91 zu § 249; Palandt-Heinrichs Vorbem. 6a vor § 249; Enneccerus-Lehmann S. 1000, § 249, I; Larenz, Bd. I, S. 326, § 27, IV a; Esser, Bd. 1, S. 292 f., § 43, I; RGZ 157, 11, 13; BGHZ 7, 30, 36.

einer zum Ausgleich verpflichtenden Weise begangen sein kann - erleidet ein Dritter eine Beeinträchtigung seines körperlichen Wohlbefindens; er wird durch das Geschehen erschreckt. An die Stelle des Miterlebens kann die nachträgliche Mitteilung vom Schadensereignis treten. Ob jede Art der durch die hier vorliegende "psychische Kausalität"²⁾ bewirkten Beeinträchtigungen als Gesundheitsverletzungen i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB zu qualifizieren ist oder ob zur wirksamen Haftungsbegründung eine bestimmte Mindestschwere der eingetretenen negativen Abweichung vom gesundheitlichen Normalzustand vorauszusetzen ist, stellt sich als eine der im folgenden zu erörternden Fragen.

b) Der ersatzfähige Schockschaden als unmittelbarer Schaden

Bei Betrachtung der vielfältigen Meinungen, die sich zur Schockschadensproblematik gebildet haben, findet man heute allein die Einordnung des ersatzfähigen Schockschadens als unmittelbaren Schaden - bis auf wenige Ausnahmen³⁾ - unbestritten.⁴⁾ Welche Beeinträchtigungen dabei die Anspruchsvoraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB erfüllen, somit auszugleichen sind, kann hier noch dahinstehen.

Würde man die zur Wiedergutmachung verpflichtenden Auswirkungen des ersten Schadensereignisses als mittelbare Schäden ansehen, die nur ausnahmsweise, ähnlich dem Ausgleich über die §§ 844, 845 BGB und die Drittschadensliquidation, ersetzt würden,⁵⁾

-
- 2) Psychische Kausalität ist heute als vollwertiger Ursachenzusammenhang anerkannt; vgl. Soergel-Zeuner Rdnr. 21 zu § 823; Erman-Drees Rdnr. 62 vor § 823; Larenz, Bd. I, S. 326, § 27. IVa; Blomeyer S. 169, § 32, II 2; Medicus S. 356, § 33, IV 1a; Selb, Mittelbare Schädigung, S. 263; Deubner, JuS 1971, 622, 623; BGHZ 20, 137, 141; 56, 163, 165.
 - 3) v. Hippel, NJW 1965, 1890, 1891 und anscheinend auch Herkner, VersR 1971, 1140.
 - 4) So z.B. Larenz, Bd. I, S. 326, § 27, IVa; Eike Schmidt S. 607; Blomeyer S. 198 f., § 33, IV; Berg, NJW 1970, 515; Weimar, MDR 1970, 565; RGZ 133, 270, 271; RG JW 1934, 2973, 2974; OLG Hamm JW 1931, 1468, 1469; OLG Köln JW 1931, 1502; OLG Freiburg JZ 1953, 704; OLG München NJW 1959, 819; LG Münster VersR 1966, 501, 502; LG Frankfurt NJW 1969, 2286, 2287.
 - 5) v. Hippel, NJW 1965, 1890, 1891, der auf der Basis "grund-

so würde das zu einer Durchbrechung der haftungsrechtlichen Systematik des Bürgerlichen Gesetzbuchs führen,⁶⁾ für die kein Bedürfnis anzuerkennen ist. Ein Schockschaden wäre dann auf Grund einer Anspruchsberechtigung, die neben der an sich tatbestandsmäßig einschlägigen, aber nicht berücksichtigten Haftungsnorm gebildet würde, auszugleichen. Die Nichtanwendung des § 823 Abs. 1 BGB zum Zwecke der Anspruchsbegrenzung würde dabei allein auf Wertungen des einzelnen Rechtsanwenders beruhen.

Wie sich zeigen wird, gibt jedoch auch § 823 Abs. 1 BGB die für einen sachgerechten Ersatz solcher Fernwirkungsschäden notwendigen Einschränkungsmöglichkeiten⁷⁾ an die Hand. Eine besondere Behandlung der auf den Ausgleich von Schockschäden gerichteten Schadensersatzansprüche ist daher weder geboten noch möglich.⁸⁾ Das gilt, wie sich im folgenden zeigen wird, nicht nur für die haftungsrechtliche Einordnung der Ersatzberechtigung des Dritten, sondern für alle mit dem Ausgleich dieser Drittschädigungen in Zusammenhang stehenden Einzelfragen.

c) Das verletzte Rechtsgut und das Erfordernis einer besonderen Verletzungsintensität

Macht ein seiner Behauptung zufolge durch ein Schadensereignis Drittbetroffener einen Anspruch auf Ersatz eines Schockschadens

sätzlicher Erwägungen und Wertungen" und vom Gedanken "einer angemessenen Risikoverteilung" ausgehend, ohne eigentliche Anspruchsgrundlagen anzugeben, Fallgruppen bildet.

- 6) Siehe dazu Esser, Bd. 2, S. 450, § 112, II 1, der auf die dogmatische Verfehltheit solcher Ansätze hinweist.
- 7) Daß ein Bedürfnis nach einer Limitierung der Haftung besteht, kann nicht bezweifelt werden; vgl. auch Selb, Mittelbare Schädigung, S. 265.
- 8) Vgl. z.B. Deubner, JuS 1971, 622 und seine Kritik an BGHZ 56, 163 ff., in der der Bundesgerichtshof seiner Ansicht nach "auch dem anscheinend unwiderstehlichen Zwang, diesen Fall besonders zu behandeln, erlegen ist".

geltend, sind grundsätzlich die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB zu prüfen: Eine schuldhaft Handlung des Anspruchsgegners muß also als *conditio sine qua non* einer Verletzung des Körpers oder der Gesundheit des Dritten festgestellt werden können. Das primäre Verletzungsereignis ist dabei als Zwischenursache im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität anzusehen. Dieser indirekten Verursachung kommt jedoch keine die Entstehung eines Schadensersatzanspruchs grundsätzlich ausschließende Wirkungen zu.⁹⁾

Da als Folge der hier zu prüfenden Fernwirkungen nur selten eine Verletzung des Körpers, also ein von außen kommender Eingriff in die körperliche Integrität¹⁰⁾ vorliegen wird, kann eine die Haftung begründende Rechtsgutverletzung nur dann bejaht werden, wenn eine gesundheitliche Schädigung verursacht wurde. Das bedeutet, daß die Handlung des Inanspruchgenommenen eine "Störung der inneren Lebensvorgänge, mögen diese körperlicher, geistiger oder seelischer Natur sein"¹¹⁾, zur Folge gehabt haben muß. Eine Gesundheitsbeschädigung braucht damit nicht notwendig organischer Natur zu sein.¹²⁾ Vielmehr können auch psychische Beeinträchtigungen Krankheitswert erreichen.¹³⁾ Insoweit ist man sich heute in Rechtsprechung¹⁴⁾ und Lehre einig.¹⁵⁾

9) Siehe dazu speziell für Schockschäden Soergel-Zeuner Rdnr. 177 zu § 823; Selb, Mittelbare Schädigung, S. 259; OLG München VersR 1963, 666; LG Frankfurt NJW 1969, 2286, 2287.

10) Vgl. zu dieser Definition Soergel-Zeuner Rdnr. 15 zu § 823.

11) Soergel-Zeuner Rdnr. 18 zu § 823; vgl. auch Eike Schmidt, MDR 1971, 538 und auch schon RGZ 85, 335, 337.

12) Berg, NJW 1970, 515; Weimar, MDR 1970, 565; natürlich können Schockwirkungen auch zu organischen Schäden führen, vgl. dazu Deubner, JuS 1971, 622, 623 FN. 9.

13) Vgl. Weyer, NJW 1969, 558 im Anschluß an LG Tübingen NJW 1968, 1187.

14) A.A., soweit ersichtlich, nur LG Bielefeld VersR 1969, 166.

15) Vgl. Eike Schmidt, MDR 1971, 538.

Die für die Feststellung eines ersatzfähigen Schockschadens entscheidende Frage stellt sich damit als die nach der Grenzziehung zwischen bloßem seelischen Schmerz, dessen Verursachung nicht zu Ersatzleistungen verpflichten kann, und psychischen Beeinträchtigungen mit Krankheitswert.¹⁶⁾ Zu ihrer Beantwortung hat man sich in gleicher Weise, wie das auch außerhalb des Bereichs psychisch verursachter bzw. im Psychischen liegender Gesundheitsverletzungen ohne Bedenken getan wird, der medizinischen Begriffsbestimmung zu bedienen, die, wie oben dargestellt, von der Störung innerer Lebensvorgänge ausgeht.¹⁷⁾ Es wird zu zeigen sein, daß eine Sonderbehandlung weder erforderlich noch möglich ist.

Eine genauere Eingrenzung der auf dieser Grundlage als Gesundheitsverletzung zu qualifizierenden, durch ein Schadensereignis ausgelösten Drittbeeinträchtigungen auch nur zu versuchen, ist hier nicht die geeignete Stelle; sie ist darüber hinaus für die theoretische Grundlegung des Ersatzanspruchs bei Schockschädigungen ohne Bedeutung.

Der Bundesgerichtshof¹⁸⁾ spricht sich im Gegensatz zu der oben aufgestellten These gegen eine Bestimmung der eine Schockschadenshaftung begründenden Gesundheitsverletzung allein unter Heranziehung medizinischer Grundsätze aus. Seiner Ansicht nach kann auf diesem Wege eine ausreichende Begrenzung der zu gewährenden Ersatzansprüche nicht erreicht werden. Er entschließt sich daher, unabhängig von der Adäquanztheorie - wie zu zeigen sein wird, erlangt diese ausschlaggebende Bedeutung für die Festlegung des ersatzberechtigten Personenkreises -, zu einer teilweisen

16) Mit dieser Frage befaßt sich ausdrücklich LG Köln VersR 1964, 444.

17) Siehe dazu vor allem Deubner, JuS 1971, 622, 623.

18) BGHZ 56, 163, 165 f.

18a) So scheint er vorübergehende akute Kreislaufstörungen ohne bleibende organische Schäden, obwohl es sich bei ihnen um Störungen innerer Lebensvorgänge handelt, nicht als Beeinträchtigungen mit Krankheitscharakter anzusehen (vgl. BGHZ 56, 163, 166 f.)

Nichtberücksichtigung medizinisch erheblicher Gesundheitsverletzungen.^{18a)} Der Ausgleich allein derjenigen Beeinträchtigungen, die auch nach der Verkehrsanschauung als Schäden zu bewerten seien, verhindere, daß ohne rechtfertigenden Grund Ersatzmöglichkeiten eröffnet würden. Diese Restriktion des Verletzungstatbestandes stützt der Bundesgerichtshof, ohne weitere Gründe anzuführen, ausschließlich auf Billigkeitsabwägungen.

Den Ausführungen des Bundesgerichtshof kann jedoch nicht gefolgt werden; sie enthalten eine Tatbestandskorrektur, die auch ihm verwehrt ist.¹⁹⁾ Der in seiner Entscheidung anklingende Gedanke, daß es sich bei Schockschäden um normale Reaktionen handeln würde und sie deshalb nicht auszugleichen seien, ist zum Zwecke einer sachgerechten Haftungsbegrenzung nicht brauchbar.²⁰⁾ Man wird nämlich nicht ernsthaft vertreten können, daß eine normale Reaktion auf eine Handlung bzw. den durch sie ausgelösten Verletzungserfolg nicht haftungsbegründend sein könne. Der Ersatz ~~der~~ auf diese Weise eingetretenen Schäden kann deshalb auch nicht als "mit der verbindlichen Entscheidung des Gesetzes nicht vereinbar"²¹⁾ angesehen werden.

Innerhalb der Feststellung der haftungsbegründenden Rechtsverletzung erwägt der Bundesgerichtshof²²⁾ im übrigen die folgende Differenzierung: Er meint, daß die von ihm vertretene Eingrenzung der relevanten Gesundheitsbeeinträchtigungen jedenfalls bei nicht vorsätzlich bewirkten Schockschäden gelte. Hierin liegt jedoch eine systematische Ungenauigkeit. Denn abgesehen davon, daß diese Fernwirkungsschäden nur selten vorsätzlich bewirkt sein werden, macht der Bundesgerichtshof dadurch, daß er an dieser Stelle des Haftungsstat-

19) Vgl. Deubner, JuS 1971, 622, 624.

20) Das betont vor allem Deubner, JuS 1971, 622, 624.

21) BGHZ 56, 163, 165.

22) BGHZ 56, 163, 165.

bestandes die subjektive Zurechenbarkeit prüft, schon die Feststellung der zur Haftungsbegründung erforderlichen Rechtsverletzung vom Verschulden des Handelnden abhängig. Da jedoch die Prüfung der objektiven wie der subjektiven Zurechenbarkeit eine schon eingetretene Beeinträchtigung voraussetzt - ohne Verletzungserfolg fehlt ihr jeglicher Bezugspunkt -²³⁾, verkehrt er dadurch das logische Verhältnis der Frage nach der haftungsbegründenden Verletzung zu der nach ihrer individuellen Vorwerfbarkeit. Darüber hinaus negiert er das in § 823 Abs. 1 BGB enthaltene Prinzip, vorsätzlich und fahrlässig verursachte Schäden bei der Prüfung eines auf diese Bestimmung gestützten Ersatzanspruchs grundsätzlich gleich zu behandeln.

Die Schutzzwecküberlegungen, die darin liegen, daß sich der Bundesgerichtshof²⁴⁾ auf die Verkehrsanschauung beruft, können nur als willkürlich bezeichnet werden.²⁵⁾ Denn auch abgesehen von der Frage, ob die Berücksichtigung eines behaupteten Normzwecks bei der Prüfung der haftungsbegründenden Kausalität überhaupt zulässig ist,²⁶⁾ und auch abgesehen von der damit verbundenen Gefahr einer "Tatbestandskorrektur" differenziert § 823 Abs. 1 BGB doch sicher nicht zwischen an sich tatbestandsmäßigen Eingriffen, die wegen ihrer Schwere einen Ersatzanspruch ermöglichen, und solchen, die keine Ausgleichspflicht begründen.²⁷⁾ Fremdverursachte Rechtsverletzungen können nicht als Verwirklichung eines allgemeinen Lebensrisikos angesehen werden; allein bei der auf die Wiedergutmachung von Folgeschäden gerichteten Anspruchstellung kann dieser Denkansatz relevant werden.²⁸⁾

23) So auch Deubner, JuS 1971, 622, 623 FN. 8.

24) BGHZ 56, 163, 165 f.

25) Vgl. Eike Schmidt S. 608.

26) Vgl. dazu Deubner, JuS 1971, 622, 624: "Der Umfang der Haftung, soweit er sich aus der Anwendung gesetzlicher Vorschriften ergibt, rechtfertigt es nicht, vom Gesetzesbefehl abzuweichen."

27) So ausdrücklich Eike Schmidt S. 608 und Berg, NJW 1970, 515, 516.

28) Vgl. Palandt-Heinrichs Vorbem. 5c cc vor § 249.

Alle Schockschäden vom Schutzbereich des § 823 Abs. 1 BGB auszunehmen, wird im übrigen auch vom Bundesgerichtshof nicht vertreten.²⁹⁾

Es besteht darüber hinaus auch kein Bedürfnis, medizinisch erfaßbare Gesundheitsschäden wegen mangelnder Schwere von einer Ersatzpflicht auszunehmen. In den meisten Fällen ist Schadensersatz durch Zahlung des zur Wiederherstellung erforderlichen Geldbetrages (§ 249 Satz 2 BGB) und eines nach Billigkeitserwägungen festzusetzenden Schmerzensgeldes (§ 847 BGB) zu leisten. Ist man der Ansicht, Beeinträchtigungen der menschlichen Psyche lägen an der Grenze zwischen bloßem seelischem Schmerz und Krankheit, in der Unsicherheit der hier zu treffenden Entscheidung hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ihre Wurzel³⁰⁾, so können doch, auch wenn man von der weiten medizinischen Definition der Krankheit ausgeht, ohne auf Einschränkungen zurückzugreifen, wie sie nach der ebenfalls schwer zu erfassenden Verkehrsanschauung in einigen Fällen vorgenommen werden können, angemessene Ergebnisse erzielt werden. Um den Verursacher nicht ungerechtfertigt zu belasten, ist allein auf eine sachgerechte Auslegung der für den Haftungsumfang maßgebenden Kriterien der Erforderlichkeit und der Billigkeit abzustellen.

Sind also beim Drittbetroffenen allein solche Veränderungen seiner inneren Lebensvorgänge eingetreten, zu deren Beseitigung Aufwendungen beispielsweise für ärztliche Behandlungen nicht notwendig sind, so kann er insoweit trotz an sich vorliegender Verletzung und des zumindest vorübergehend eingetretenen Schadens keine diesbezüglichen Ersatzleistungen verlangen.³¹⁾

29) BGHZ 56, 163, 165 und zustimmend Deubner, JuS 1971, 622, 623.

30) Der Bundesgerichtshof weist ausdrücklich auf die Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung der Instanzgerichte hin (BGHZ 56, 163, 165).

31) Das spricht auch Eike Schmidt S. 608 an, wenn er feststellt, daß es nicht angängig sei, den Drittgeschädigten seine erforderlichen Heilungs- und Behandlungskosten selbst tragen zu lassen.

Für die Billigkeitserwägungen, die bei der Prüfung eines Schmerzensgeldanspruchs anzustellen sind, ist auf alle die Überlegungen zurückzugreifen, die der Bundesgerichtshof - insoweit ohne systematische Rechtfertigung - heranzieht, um eine ersatzrechtlich relevante Rechtsgutverletzung festzustellen. Ob und in welcher Höhe ein Schmerzensgeld zu erbringen ist, hat sich sowohl nach dem Verschulden des Inanspruchgenommenen als auch nach der Schwere der verursachten Verletzung zu richten. Man könnte hier an eine ähnliche Grenzziehung denken, wie sie der Zuerkennung eines Schmerzensgeldanspruchs als Ausgleich für die Folgen einer Persönlichkeitsrechtsverletzung zugrunde liegt.³²⁾ Dort ist entweder der "Vorwurf schwerer Schuld" oder der Eintritt einer "objektiv erheblichen Beeinträchtigung" für die Anspruchsbegründung maßgebend.³³⁾ Im Rahmen der Schockschadensproblematik dürfte jedoch zu beachten sein, daß es nicht in erster Linie auf das Verschulden bezüglich der Drittbeeinträchtigung ankommt, das in der Regel gering sein wird; vielmehr muß die für das primäre Verletzungsereignis feststellbare Vorwerfbarkeit auch in erheblichem Maße für den Schmerzensgeldanspruch des Dritten bestimmend sein.

Bei der Beurteilung der Erheblichkeit einer Beeinträchtigung dürften sich keine Besonderheiten ergeben.

Diese Überlegungen, die zu einer interessengerechten Abwägung führen sollen, können gleichzeitig als Einbeziehung der Verkehrsanschauung, auf die sich der Bundesgerichtshof bei der Feststellung der haftungsbegründenden Rechtsverletzung stützt, in die Gesamtbetrachtung angesehen werden. Nur wenn sich insgesamt ein Bedürfnis danach ergibt, die erlittenen

32) Siehe hierzu Eike Schmidt S. 608, der insbesondere auf eine Berücksichtigung der Verletzungsintensität in Entsprechung zu den Fällen einer Persönlichkeitsrechtsbeeinträchtigung hinweist.

33) Vgl. Soergel-Zeuner Rdnr. 16 zu § 847 mit ausführlichen Rechtsprechungshinweisen.

immateriellen Beeinträchtigungen dadurch auszugleichen, daß Geldersatz zu leisten ist, kann der Dritte einen Schmerzensgeldanspruch geltend machen.

d) Die Zurechenbarkeit der Rechtsgutverletzung
und der ersatzberechtigte Personenkreis

Wenn bisher zu klären versucht wurde, ob ein bestimmter Krankheitswert erreicht sein muß, damit eine Gesundheitsverletzung haftungsbegründend sein kann, so fragt es sich im folgenden, welche der dabei als grundsätzlich ersatzfähig erkannten Beeinträchtigungen im Einzelfall auszugleichen sind und wer einen dahingehenden Anspruch stellen kann.

Wie im obigen Zusammenhang schon dargelegt wurde, ist es nicht angängig, unter Berufung auf den Schutzzweck des § 823 Abs. 1 BGB bestimmte Arten von Gesundheitsverletzungen generell von der Möglichkeit auszunehmen, zurechenbare Folge einer Handlung des Inanspruchgenommenen zu sein. Das gilt nicht nur, worauf sich die bisherigen Erörterungen bezogen, für relativ leichte, sondern auch für außergewöhnlich schwere Beeinträchtigungen. Darüber hinaus kann auch mit Hilfe von Billigkeitserwägungen eine derartige Haftungseinschränkung nicht erreicht werden; sie sind im Rahmen der Kausalitätsprüfung unzulässig.

Gleiches gilt für die Adäquanztheorie; auch auf ihrer Grundlage vermag man keine grundsätzliche Limitierung der Ersatzpflicht nach der Schwere, also dem Krankheitswert der Drittbeeinträchtigung vorzunehmen.³⁴⁾

Das ergibt sich aus folgendem: Die Adäquanz einer Handlung für den durch sie i.S.d. *conditio-sine-qua-non*-Formel verursachten, eine Gesundheitsverletzung darstellenden Erfolg wird nicht von vornherein dadurch ausgeschlossen, daß be-

34) Daß minder schwere Beeinträchtigungen inadäquat sein könnten, wird nicht vertreten.

sondere seelische oder körperliche Anlagen des Geschädigten den Eintritt der Verletzung erst ermöglichen bzw. für ihren konkreten Umfang zumindest mitursächlich sind. Denn wer einen Kranken schädigt, darf nicht so gestellt werden, als hätte sich seine Handlung gegen einen gesunden Menschen gerichtet;³⁵⁾ die besonderen Umstände im Bereich des Geschädigten sind generell voraussehbar.

Die Adäquanztheorie hat vielmehr folgende Funktion: Sie kann, will man sie bei der haftungsbegründenden Kausalität überhaupt neben der Verschuldensprüfung heranziehen, nur dort angewandt werden, wo es um die Feststellung geht, ob die gerade bei dem Anspruchstellenden eingetretene Verletzung einer Handlung des Verursachers zugerechnet werden kann. Geht man also im Rahmen der Schockschadensproblematik von einer i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB tatbestandsmäßigen Gesundheitsverletzung aus, deren Schwere eine haftungsbegründende Verursachung in der Regel nicht ausschließen kann, so vermag die Adäquanztheorie allein für die Beantwortung der Frage Bedeutung zu erlangen, ob gerade der anspruchstellende Drittgeschädigte ersatzberechtigt ist.

Bevor auf die dadurch eröffnete Möglichkeit einer Begrenzung des Personenkreises, der zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen befugt ist, die auf den Ausgleich von Schockschäden gerichtet sind, näher eingegangen werden kann, soll die Frage geklärt werden, ob nicht auf anderen Wegen dieses Ziel zu verwirklichen ist.

Daß auch in diesem Zusammenhang Billigkeitserwägungen nicht herangezogen werden dürfen, ergibt sich wiederum aus ihrer grundsätzlichen Unzulässigkeit im Rahmen der Kausalitätsprüfung. Allein mit dem auf ihnen beruhenden Gedanken der Ri-

35) Speziell für Schockschäden betont das Berg, NJW 1970 515; vgl. dazu allgemein Palandt-Heinrichs Vorbem. 5 d cc vor § 249; Erman-Sirp Rdnr. 24 zu § 249; RGZ 169, 117, 120; BGH LM Nr. 2 zu § 249 BGB (Bb); BGHZ 20, 137, 139; BGH VersR 1966, 737, 738; 1969, 802, 803; 1970, 814, 815. Das Gegenteil erwägt, insbesondere für Fernwirkungsschäden, v. Hippel, NJW 1965, 1890, 1893 f.

sikoverteilung läßt sich daher keine dem Gesetz entsprechende Lösung finden.³⁶⁾

Beim Versuch, den ersatzberechtigten Personenkreis sachgerecht zu erfassen, greifen einige Autoren auf den Schutzzweck des § 823 Abs. 1 BGB zurück.³⁷⁾ Daß dabei immer von einer zum Tode führenden Erstverletzung ausgegangen wird - das gilt im übrigen auch für alle anderen Einschränkungsversuche -, kann in diesem Zusammenhang, ebenso wie bei den obigen Ausführungen, noch außer Betracht gelassen werden; es wird darauf zurückzukommen sein.

Die Ergebnisse, die unter Berufung auf den Normzweck des § 823 Abs. 1 BGB gefunden werden, lassen sich mit dem Gesetz nicht in Einklang bringen. Jede nach einem bestimmten Personenkreis vorgenommene Differenzierung zwischen ersatzberechtigten und nicht-ersatzberechtigten Schockgeschädigten muß als willkürlich angesehen werden.³⁸⁾ So kann z.B. der in den §§ 844, 845 BGB genannte Personenkreis nicht maßgebend sein. Die §§ 844, 845 BGB gestatten es einer beschränkten Anzahl von Drittgeschädigten, ausnahmsweisen Ersatz mittelbaren Schadens zu verlangen; sie wirken haftungserweiternd. Die auf Schockwirkung zurückzuführenden Schäden sind dagegen unmittelbare Beeinträchtigungen, die grundsätzlich wiedergutzumachen sind. Die Bestimmung des ersatzberechtigten Personenkreises durch die Bezugnahme auf die §§ 844, 845 BGB scheitert somit an den unterschiedlichen Grundvoraussetzungen des Schock- und z.B. des Unterhaltschadensausgleichs.³⁹⁾ Eine den §§ 844, 845 BGB ent-

36) So aber v. Hippel, NJW 1965, 1890, 1892 sowohl für den von ihm gebildeten eigenständigen Anspruch auf Ersatz der Schockbeeinträchtigungen als mittelbare Schäden als auch für § 823 Abs. 1 BGB: "Es gilt eine differenzierende Lösung zu entwickeln, die zu einer angemessenen Risikoverteilung zwischen den Beteiligten führt."

37) Vgl. etwa Palandt-Heinrichs Vorbem. 5c dd vor § 249; Berg, NJW 1970, 515 f.; v. Hippel, NJW 1965, 1890, 1892, der bei der von ihm vorgenommenen generellen Abwägung aber auch Adäquanzgesichtspunkte berücksichtigt.

38) So auch Eike Schmidt, MDR 1971, 538, 540.

39) Vgl. Eike Schmidt, MDR 1971, 538, 540.

sprechende Restriktion der aus § 823 Abs. 1 BGB entspringenden Anspruchsberechtigungen hat deshalb auszuscheiden.

Ebensowenig, wie man die Feststellung einer Rechtsgutverletzung von der Art und Weise, in der sie zustande kommt, abhängig machen darf, kann man auch den Kreis der Ersatzberechtigten nur deshalb, weil es sich um sog. Schockschäden handelt, nicht anders ermitteln, als in den sonstigen Fällen der indirekt verursachten Beeinträchtigung eines durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsguts.⁴⁰⁾ Es darf, auch wenn der Wunsch nach einer über das normale Maß hinausgehenden Haftungsbeschränkung unter Umständen verständlich sein kann, nicht außer Acht gelassen werden, daß der Anspruch auf Ersatz eines Schockschadens ein regulärer Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB ist. Zur Haftungsbegrenzung können deshalb nur die dort gängigen Kriterien herangezogen werden. Dazu gehören aber weder das Angehörigenverhältnis⁴¹⁾ noch der personale Schutzbereich des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte⁴²⁾; das zweite Kriterium muß dabei auch schon deshalb ausgeschlossen sein, weil es auf einer grundlegend verschiedenen Ausgangssituation aufbaut.⁴³⁾

Aber auch mit allgemein formulierten Normzwecküberlegungen läßt sich eine grundsätzliche Begrenzung des ersatzberechtigten Personenkreises nicht erreichen. Es widerspricht dem Gesetz, spezielle Arten von Gesundheitsverletzungen generell von einer Ersatzpflicht auszunehmen.⁴⁴⁾ Vielmehr

40) Siehe dazu Deubner, JuS 1971, 622, 623 und Eike Schmidt, MDR 1971, 538, 539; vgl. auch Selb, Mittelbare Schädigung, S. 263.

41) So aber z.B. Palandt-Heinrichs Vorbem. 5c dd (der Hinweis auf Weimar, MDR 1970, 565 kann diese Ansicht nicht stützen, denn jener entscheidet allein nach der Adäquanz); v. Hippel, NJW 1965, 1890, 1894.

42) Darauf stellt aber Berg, NJW 1970, 515, 516 bei der Schutzbereichsbestimmung ab.

43) Vgl. dazu Deubner, JuS 1971, 622, 624 FN. 10.

44) Das macht aber Deutsch, JuS 1969, 197, 200, wenn er ausführt, daß "in den Schutzbereich der Norm gegen Körperverletzung durch Miterleben" nicht einbezogen sei, "wer erst zum Unfallort, etwa aus Neugierde kommt, ohne Nothilfe leisten zu wollen".

wird man gerade den Sinn des § 823 Abs. 1 BGB darin zu sehen haben, für alle irgendwie bewirkten Gesundheitsverletzungen, von Einzelfällen abgesehen, eine Ersatzpflicht zu begründen.⁴⁵⁾

Diese Ausnahmen im Einzelfall können einmal auf das Fehlen des subjektiven Zurechnungselements zurückzuführen sein. Das Verschulden des Inanspruchgenommenen, das sich auf den Verletzungserfolg beim Dritten beziehen muß, kann mithin fehlen.

Daneben kann aber mit Hilfe der Adäquanztheorie schon ein Ausschluß der objektiven Zurechnung erfolgen. Denn auch wenn die Adäquanztheorie an sich den objektiv möglichen Umfang des Verschuldens⁴⁶⁾ erfaßt, so behält sie doch neben diesem subjektiven Zurechnungselement auch im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität ihre eigenständige Bedeutung.⁴⁷⁾ Das läßt sich in mehrfacher Hinsicht begründen. Es macht nämlich sehr wohl einen Unterschied, ob eine Verletzung nur als nicht verschuldet oder aber als ersatzrechtlich nicht relevant verursacht anzusehen ist. Die Frage nach der Zurechenbarkeit eines Erfolges zu einer Handlung stellt sich eindringlich bei einer schuldlosen Haftung, also z.B. beim negatorischen Beseitigungsanspruch.⁴⁸⁾ Daneben enthält auch die Gefährdungshaftung, wobei möglichste Gleichbehandlung mit dem Deliktsrecht geboten erscheint, mit ihrem Ausgangspunkt der Betriebsgefahr Zurechnungsgedanken.⁴⁹⁾

45) Vgl. Eike Schmidt, MDR 1971, 538, 539.

46) Darauf weist Traeger S. 159, 166 hin.

47) Davon gehen aus Selb, Mittelbare Schädigung, S. 265; Weyer, NJW 1969, 558; Weimar, MDR 1970, 565; vgl. auch allgemein Weitnauer, VersR 1970, 585, 587. Dagegen lassen, speziell für Schockschäden, Deutsch, JuS 1969, 197, 200; Deubner, JuS 1969, 561; Deubner, JuS 1971, 622, 624 und Eike Schmidt, MDR 1971, 538, 539 die Adäquanztheorie für die Haftungsbegründung unberücksichtigt.

48) Vgl. dazu Weitnauer, VersR 1970, 585, 587.

49) Vgl. oben 2. Teil, 1. Abschnitt, V, S. 33 ff.

Das Erfordernis der Verwirklichung einer typischen Gefahr nur als Korrelat zum Verschulden anzusehen, würde seiner Bedeutung nicht gerecht. Diese Entsprechung liegt vielmehr schon in der Erlaubnis zur Eröffnung einer Gefahrenquelle.⁵⁰⁾ Ob eine Rechtsverletzung auf eine spezifische Betriebsgefahr zurückzuführen ist, erlangt allein für die Feststellung ersatzrechtlich relevanter Verursachung Bedeutung.⁵¹⁾

Somit ergibt sich bei der Frage nach der Ersatzfähigkeit von auf Schockwirkungen beruhenden Schäden folgendes Ergebnis: Gesundheitsverletzungen, die auf durch ein Schadens- bzw. Verletzungsereignis verursachten Schockwirkungen beruhen, vermögen dann einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB zu begründen, wenn sie adäquat verursacht sind und der gesamte, zu ihrem Eintritt führende Kausalverlauf verschuldet ist.⁵²⁾ Erst im Rahmen der Adäquanzprüfung dürfen dann als Wertungskriterien das Angehörigenverhältnis, das Miterleben bzw. das nachträgliche Hinzukommen als Helfer oder Neugieriger oder die bloße Mitteilung von dem Verletzungsereignis⁵³⁾ in die Einzelfallbetrachtung miteinbezogen werden.⁵⁴⁾

Auch die Frage nach dem Charakter des die Zwischenursache darstellenden Verletzungsereignisses erlangt allein hier Bedeutung. Die Ansicht, daß nur solche Schockschäden zurechenbar seien, die als Folge des Todes des Erstverletzten eintreten,⁵⁵⁾ ist in dieser Allgemeinheit nicht begründbar und daher dogmatisch auch nicht haltbar.⁵⁶⁾ Die Schwere der ersten

50) Fikentscher, S. 670, § 109,

51) Siehe auch Esser, Bd. 1, S. 302, § 44, II 2 b.

52) So auch Selb, Mittelbare Schädigung, S. 265; Weimar, MDR 1970, 565; Weyer, NJW 1969, 558; LG Frankfurt NJW 1969, 2286, 2287; auch BGHZ 56, 163, 165 scheint die Berücksichtigung von Adäquanzgesichtspunkten für möglich zu halten; vgl. auch schon RGZ 133, 270, 272.

53) Vgl. zur "Mitteilung" OLG Köln JW 1931, 1502; RGZ 157, 11, 12 f.; vgl. auch Selb, Mittelbare Schädigung, S. 265.

54) Vgl. zum ganzen Weimar, MDR 1970, 565, 566.

55) Auf diese Beschränkung, die sich in der Praxis der Gerichte herausgebildet hat, weist Deutsch, JuS 1969, 197, 200 hin.

56) Das betonen Selb, Mittelbare Schädigung, S. 263 und Deutsch, JuS 1969, 197, 200.

Rechtsgutverletzung und ihre Bedeutung für die Erlebniswelt des Anspruchstellers vermögen ebenso wie zeitliche und räumliche Beziehungen zum Handlungsablauf oder verwandtschaftliche Bindungen mit dem Opfer allein "das Urteil über Adäquanz und Vorausssehbarkeit zu variieren"⁵⁷⁾. Ein allgemein geltender Grundsatz zur Entscheidung über die Zurechenbarkeit ist mit diesen Kriterien nicht verbunden.

Welche Bedeutung den oben angeführten Gesichtspunkten im Einzelfall zukommt, soll und kann hier nicht vertieft werden.⁵⁸⁾ Jedoch wird sich die Wahrscheinlichkeit eines Schockschadens mit der zunehmenden Entfernung zum primär Verletzten^{60a)} und dem bei ihm entstandenen Schaden sowie mit der Abnahme des Wertes des erstbetroffenen Rechtsgutes regelmäßig verringern.⁵⁹⁾ Ab einer für den Einzelfall festzulegenden Grenze wird dann das Wahrscheinlichkeitsurteil nicht mehr zur Annahme objektiver Zurechenbarkeit führen können. Eine absolute Grenzziehung ist nicht möglich.

Werden Schadensersatzansprüche auf der Grundlage von Gefährdungshaftungstatbeständen geltend gemacht, so gilt das oben Ausgeführte sinngemäß. Ob ein Schockschaden noch der Betriebsgefahr zurechenbar ist, richtet sich wiederum nach der Nähe des ersten schädigenden Vorgangs, der Art des diesem zugrundeliegenden Verletzungsereignisses und den Beziehungen zwischen Erst- und Zweitgeschädigtem.⁶⁰⁾ Be-

57) Selb, Mittelbare Schädigung, S. 263.

58) Vgl. dazu mit Beispielen und ins einzelne gehenden Abwägungen Eike Schmidt, MDR 1971, 538, 540.

59) Keine Haftung bei Herzschlag des Vater auf Nachricht vom Armbruch des Sohnes hin, OLG Dresden HRR 42, Nr. 276; keine Haftung für Gesundheitsschaden der Ehefrau auf die Nachricht von einem leichten Kraftfahrzeugschaden hin, LG Hildesheim VersR 1970, 720: es fehlt der adäquate Ursachenzusammenhang.

60) Vgl. dazu Weimar, MDR 1964, 987.

60a) Also etwa mit fortschreitender Lockerung familiärer Bande, mit abnehmendem Interesse an der Unversehrtheit des verletzten Rechtsguts oder mit geringer werdender Bedeutung des angegriffenen Rechtsguts für die Lebensgestaltung des Dritten.

sondere Bedeutung kommen dabei örtlichem und zeitlichem Zusammenhang zwischen Schockschaden und primärer Beeinträchtigung zu.⁶¹⁾ So wird man bei einer Mitteilung von einer durch ein Kraftfahrzeug verursachten Verletzung keine Schädigung "beim Betrieb" und damit keinen Anspruch aus § 7 Abs. 1 StVG mehr annehmen können;⁶²⁾ dagegen kann das Miterleben die Zubilligung eines Anspruchs rechtfertigen.⁶³⁾ Daß für einen Anspruch aus § 7 Abs. 1 StVG eine körperliche Berührung zwischen dem Betroffenen und dem Kraftfahrzeug nicht erforderlich ist, somit psychische Kausalität als ausreichend angesehen werden kann, ist allgemein anerkannt.⁶⁴⁾

e) Der Umfang des zu ersetzenden Schadens

Der Schockgeschädigte kann vom Verletzer nach § 249 BGB Wiederherstellung verlangen, die in der Regel in seiner Geldleistung in Höhe der erforderlichen Arzt- und Behandlungskosten bestehen wird. Daneben steht dem Verletzten ein Schmerzensgeldanspruch zu, dessen Höhe sich an dem Ziel ausrichtet, dem Geschädigten einen billigen Ausgleich und gleichzeitig Genugtuung für die erlittenen Beeinträchtigungen zuteil werden zu lassen.⁶⁵⁾⁶⁶⁾ Im Rahmen der bloßen Gefährdungshaftung bleibt ein Anspruch auf Schmerzensgeld in der Regel versagt. Etwas anderes gilt nur für die im Deliktsrecht geregelte Haftung ohne Verschulden, also z.B. für § 833 Satz 1 BGB.

-
- 61) Dies betont auch RGZ 133, 270, 274; vgl. auch RGZ 132, 262, 265. Die h.M. läßt neben der Verwirklichung einer typischen Betriebsgefahr für das Merkmal "beim Betrieb" auch einen unmittelbaren örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit einem Betriebsvorgang oder einer Betriebseinrichtung ausreichen; vgl. Geigel S. 642; auch hierbei handelt es sich, wie bei der typischen Betriebsgefahr, um ein Kriterium für die Entscheidung, ob eine Verletzung der Gefährdung zugerechnet werden kann.
- 62) So z.B. auch Enneccerus-Lehmann S. 1031, § 257, I 2b.
- 63) Auch Geigel S. 647 nimmt hier die Verwirklichung einer Betriebsgefahr an.
- 64) Vgl. Geigel S. 642.
- 65) Vgl. Palandt-Thomas Anm. 1 b, 4 zu § 847; Soergel-Zeuner Rdnr. 10, 21 zu § 847.
- 66) Siehe hierzu auch in diesem Abschnitt, II A 1c, S. 55.

f) Die Berücksichtigung eines Mitverschuldens

§ 254 BGB ist anwendbar. Soweit der Drittbetroffene seinen Schaden schuldhaft mitverursacht hat, ist sein auf Ausgleich des Schockschadens gerichteter Ersatzanspruch gemindert.⁶⁷⁾ Die Berücksichtigung einer besonderen Labilität des Geschädigten entsprechend § 254 BGB⁶⁸⁾ ist dem Haftungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs dagegen fremd.⁶⁹⁾

Wenn den Erstverletzten an der primären Rechtsgutverletzung, die zu dem Schockschaden des Anspruchstellers geführt hat, ein Mitverschulden trifft, so kann dem Dritten dies nicht entgegengehalten werden. Eine direkte Anwendung des § 846 BGB ist mangels Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen nicht möglich; der Schockgeschädigte ist nicht mittelbar, sondern gerade unmittelbar verletzt. Aus diesem Grunde kann auch eine analoge Anwendung des § 846 BGB⁷⁰⁾ nicht zu einer Minderung des Anspruchs des Dritten führen.⁷¹⁾ Es fehlt sowohl an der Rechtsähnlichkeit - allein die Tatsache, daß jeweils ein Verletzungsereignis zwischengeschaltet ist, macht

67) Das ist allgemeine Ansicht; vgl. z.B. Deubner, NJW 1957, 1269, 1270; Weimar, MDR 1964, 987, 988; v. Hippel, NJW 1965, 1890, 1893 FN. 30; Deubner, JuS 1971, 622, 625.

68) v. Hippel, NJW 1965, 1890, 1893 zieht eine solche Minderungsmöglichkeit zumindest in Betracht. Der zur Begründung herangezogene Sphärengedanke kann jedoch nur im Rahmen beiderseitigen Nicht- oder nicht nachweisbaren Verschuldens herangezogen werden.

69) Vgl. in diesem Abschnitt, II A 1d, S. 56 f.

70) So aber RGZ 157, 11, 13: man sah die für Schockschäden bestehende Ersatzmöglichkeit als eine Erweiterung der im Gesetz ausdrücklich geregelten Fälle des Ausgleichs mittelbarer Schäden an. Davon ausgehend kommt auch v. Hippel, NJW 1965, 1890, 1893 zu einer entsprechenden Anwendung des § 846 BGB. So auch RG DR 1940, 163 und aus der Literatur v. Caemmerer, Kausalzusammenhang, S. 15: "Annex der Haftung gegenüber dem unmittelbar Verletzten"; BGB - RGRK - Krefz Anm. 2 zu § 846: § 846 als Ausfluß eines allgemeinen Rechtsgedankens; mit dieser Begründung auch Erman-Drees Rdnr. 2 zu § 846; vgl. auch Staudinger-Schäfer Rdnr. 8 zu § 846 und Geigel S. 231.

71) So auch BGHZ 56, 163, 168; Palandt-Thomas Anm. 2 zu § 846; Selb, Mittelbare Schädigung, S. 261; Deubner, NJW 1957, 1269 f.; Weimar, MDR 1964, 987, 988; Deutsch, JuS 1969, 197, 200; Weimar, MDR 1970, 565, 566; Eike Schmidt, MDR 1971, 538, 540.

unmittel- und mittelbaren Schaden noch nicht rechtsähnlich⁷²⁾ - als auch am Analogiebedürfnis. Schädiger und Erstverletzter haften dem Dritten als Gesamtschuldner, § 840 BGB; die Ausgleichung im Innenverhältnis erfolgt nach § 426 BGB.⁷³⁾

Eine Kürzung des Ersatzanspruchs des Dritten kann auch nicht nach den §§ 242, 254 BGB erfolgen.⁷⁴⁾ Der Berücksichtigung eines Mitverschuldens als Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben steht die gesetzlich getroffene Entscheidung entgegen. Mit Billigkeitserwägungen lassen sich die Konsequenzen aus der Anerkennung der Schockschäden als unmittelbare Schäden nicht umgehen. Zu diesen gehört aber gerade, daß nur ein Mitverschulden des Schockgeschädigten eine Anspruchsminderung zu bewirken vermag. Auch eine eventuelle Überzeugung von der Unbilligkeit entbindet den Richter nicht von der Treue zum Gesetz;⁷⁵⁾ dem § 242 BGB in diesem Zusammenhang derogierende Kraft beizulegen, ist somit nicht angängig.

Ebenso im Widerspruch zum Gesetz steht die Annahme einer Vorwegverrechnung des Verschuldensanteils des Erstverletzten,⁷⁶⁾ der dem Schockgeschädigten zusammen mit dem eigentlichen Schädiger als Gesamtschuldner haftet. Ob ein Gläubiger gegen einen Gesamtschuldner vorgeht, ist allein seiner Entschließung vorbehalten. Darüber hinaus würde, nähme man auf Grund des Angehörigenverhältnisses die vom einzelnen zu treffende Entscheidung generell vorweg, diesem wiederum eine grundsätzliche Aussagekraft zuerkannt, obwohl sich seine Erheblichkeit nur in bezug auf die im Einzelfall vorzunehmende Zurechnungsprüfung feststellen läßt.

72) So auch Deubner, NJW 1957, 1269.

73) Vgl. Deubner, NJW 1957, 1269; Weimar, MDR 1970, 565, 566; Eike Schmidt, MDR 1971, 538, 540.

74) So aber BGHZ 56, 163, 169 ff.; Palandt-Thomas Anm. 2 zu § 846; Wussow S. 49 f.

75) Vgl. dazu eingehend Deubner, JuS 1971, 622, 625.

76) So aber Deutsch, JuS 1969, 197, 200 f.

g) Zusammenfassung

Der Anspruch auf Ersatz von Schock- bzw. Fernwirkungsschäden ist ein regulärer Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB.

Neben den dort geltenden Grundsätzen dürfen keine besonderen Kriterien zum Zweck einer Haftungsbegrenzung herangezogen werden. Gesichtspunkte wie das Angehörigenverhältnis oder die Bedeutung des primär verletzten Rechtsguts für den einzelnen vermögen allein das Urteil über die Adäquanz zu beeinflussen. Allgemeine Grundsätze lassen sich nicht aufstellen. Vielmehr ist jeweils unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles an Hand der oben dargestellten Gesichtspunkte zu entscheiden.

2. Die Beschädigung von Versorgungsleitungen und der Ersatzanspruch des Abnehmers aus § 823 Abs. 1 BGB

a) Die Ausgangslage

Als Folge der Beschädigung einer Versorgungsleitung ist bei einem Abnehmer, der an diese angeschlossen ist, ein Schaden entstanden. Da die Frage, inwieweit der durch diese Drittwirkung eines Verletzungs- bzw. Schadensereignisses Betroffene ersatzberechtigt ist, im weiteren Verlauf nur für das Dreipersonenverhältnis zu erörtern ist, haben alle die Fallgestaltungen aus der Betrachtung auszuschneiden, in denen die unterbrochene Leitung im Eigentum des Abnehmers steht. Denn insoweit beanspruchen diejenigen Grundsätze Geltung, die oben für die Ersatzansprüche bei Fernwirkungen im Zweipersonenverhältnis aufgestellt wurden. Beeinträchtigungen, die über den an der Leitung selbst entstandenen Schaden hinausgehen, unterfallen der mit dem Ersatz von Folgeschäden zusammenhängenden Problematik.⁷⁷⁾

Stehen dagegen die Leitungen im Eigentum eines Versorgungsunternehmens, so muß, damit der drittwirkungsgeschädigte Abnehmer einen Ersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB geltend machen kann, eines der dort geschützten Rechtsgüter indirekt verletzt worden sein. Ob dabei zwischen Lieferant und Ab-

⁷⁷⁾ Vgl. dazu den 1. Abschnitt des 2. Teils und dabei zur Problematik der Folgebeeinträchtigung eines Gewerbebetriebs insbesondere I D 1. S. 23.

nehmer im Rahmen des Bezugsvertrages ein Haftungsausschluß vereinbart ist, erlangt für den Ersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB keine Bedeutung. Diese besondere Gestaltung wird vielmehr erst bei der Erörterung der Rechtsfigur des koinzidierenden Haftungsinteresses relevant werden.

b) Die Eigentumsverletzung

Wie schon oben ausführlich dargelegt, ist es für die haftungsbegründende Kausalität dann ohne Bedeutung, ob die Rechtsgutverletzung direkt oder indirekt bewirkt ist, wenn sie adäquat verursacht und rechtswidrig sowie schuldhaft herbeigeführt ist.⁷⁸⁾ Das ist für die hier in erster Linie interessierenden sogenannten Stromkabelfälle⁷⁹⁾ allgemein anerkannt.⁸⁰⁾ Da es sich bei den mit ihnen zusammenhängenden Problemen um solche der Haftungsausdehnung handelt, besteht auch kein Anlaß, diesen gesetzlichen Ausgangspunkt, wie das teilweise bei den Versuchen zur Lösung der Schockschadensfälle zu beobachten ist, zu verlassen.

Die Probleme, die mit dem Ersatz von Schäden zusammenhängen, die auf den schuldhaft verursachten Ausfall von Versorgungsleitungen zurückzuführen sind, werden in Rechtsprechung und Literatur vor allem mit Bezug auf die Beeinträchtigung eines Gewerbebetriebs behandelt. Da sich die unter diesem Gesichtspunkt zu gewinnenden Ergebnisse auf andere Fälle derartiger Drittwirkungsschäden übertragen lassen, soll auch für die folgenden Ausführungen diese Einschränkung der Fragestellung vorgenommen werden.

78) Vgl. etwa BGB-RGRK-Haager Anm. 51 vor § 823 oder Staudinger-Werner Vorbem. 39 zu §§ 249-255.

79) Wird nicht die Strom-, sondern z.B. Gaszufuhr unterbrochen, ergeben sich haftungsrechtlich keine Unterschiede.

80) So eindeutig BGHZ 41, 123, 125; auch Glückert, AcP 166, 311, 314 bezeichnet diese Ansicht als gesichert.

Macht der geschädigte Gewerbetreibende einen Ersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB geltend, so sind bei dessen Prüfung regelmäßig zwei Arten der zur Haftungs begründung geeigneten Rechtsverletzungen in Betracht zu ziehen. Denn zum einen besteht eventuell die Möglichkeit, sich auf einen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu berufen. Wann eine solche Beeinträchtigung als ersatzrechtlich relevant festgestellt werden kann, wird im weiteren Verlauf ausführlich darzulegen sein.

Zum anderen kann unter Umständen in den Auswirkungen des ersten Schadensereignisses auf ein betriebliches oder auch außerbetriebliches Geschehen eine Eigentumsverletzung zu sehen sein. Das ist dann der Fall, wenn die unbeeinträchtigte stoffliche Existenz einer Sache darauf beruht, daß die Leistung eines Versorgungsunternehmens ohne Unterbrechung zugeführt wird, und deshalb ein fremdverursachtes Ausbleiben zu Verschlechterung, Unbrauchbarkeit oder Untergang der Sache führt.⁸¹⁾

Daran, daß solche Eigentumsverletzungen als adäquat verursacht angesehen werden müssen, kann kaum ein Zweifel bestehen.⁸²⁾ Es ist nämlich bei jedem Kabel bzw. jeder sonstigen Versorgungsleitung die Gewißheit gegeben, daß irgendwelche gewerblichen bzw. nichtgewerblichen Abnehmer daran angeschlossen und damit von diesen abhängig sind. Die Beschädigung einer Versorgungsleitung ist generell geeignet, Eigentumsverletzungen herbeizuführen.

Es fragt sich auch in diesem Zusammenhang wieder, inwieweit Schutzzwecküberlegungen im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität relevant werden können. Grundsätzlich ist dabei auf folgendes hinzuweisen: Wenn man sich ihrer schon bedient,

81) Das betont auch BGHZ 41, 123, 126; nach Ansicht des Bundesgerichtshofs darf kein Unterschied gemacht werden, ob das Eigentum durch fehlerhafte Zuleitung oder durch Unterbrechung, im speziellen Fall des elektrischen Stroms, verletzt wird.

82) Die Notwendigkeit einer Adäquanzprüfung im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität betont für die Stromkabelfälle BGHZ 41, 123, 125; dazu, wie sich die generelle Voraussehbarkeit gestaltet, vgl. BGHZ 41, 123, 128.

darf man jedoch unter keinen Umständen auf den Schutzzweck der Haftungsnorm abstellen, die den Ersatz der am Kabel selbst aufgetretenen Schäden regelt.⁸³⁾ Dieser kann, wenn überhaupt, nur dort Bedeutung erlangen, wo es um den Ausgleich der beim Erstverletzten entstandenen Objekt- und Folgeschäden geht.

Es kann vielmehr nur geprüft werden, ob Eigentumsverletzungen, die durch die Unterbrechung einer Versorgungsleitung indirekt verursacht wurden, aus dem Schutzbereich des § 823 Abs. 1 BGB herausfallen. Wie oben schon dargestellt, können Gesundheitsverletzungen, die durch eine bestimmte Art der Verursachung qualifiziert sind, nicht generell vom Schutzbereich des § 823 Abs. 1 BGB ausgenommen werden. Gleiches muß für die hier relevanten Eigentumsverletzungen gelten. Jede Handlung, die zu einer Verletzung und damit einem Schaden führt, muß auch, von im Einzelfall unzurechenbaren, weil inadäquaten Ursachenverkettungen abgesehen, zum Schadensersatz verpflichtet.

Ob man sich bei der Rechtswidrigkeitsfeststellung allein auf die Indizierungswirkung der eingetretenen Rechtsgutverletzung beschränken darf,⁸⁴⁾ kann dahinstehen. Denn auch die Lehre vom Verhaltensunrecht⁸⁵⁾ und auch die vermittelnden Ansichten⁸⁶⁾ kommen in den Stromkabelfällen zu den gleichen Ergebnissen. Der in deren Rahmen zu prüfende Ver-

83) Dieser Versuchung erliegt aber BGHZ 41, 123, 127 f.; daran anschließend auch Glückert, AcP 166, 311, 316 f. In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall hätte allein auf die vom Dritten geltend gemachte Anspruchsgrundlage bezüglich der bei ihm in besonderer Weise zustandegekommenen Verletzung seines Eigentums an den Eiern abgestellt werden dürfen.

84) So die Lehre vom Handlungsunrecht; vgl. dazu z.B. Larenz, Bd. II, S. 461, § 72, I c.

85) Sie wird z.B. vertreten von Esser, Bd. 1, S. 64 f., § 9, II 3; Enneccerus-Nipperdey S. 1286, § 209, IV B; v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, S. 49 ff.

86) Vgl. Larenz, Bd. II, S. 461 ff., § 72, I c, d, der der Lehre vom Erfolgsunrecht insoweit folgt, als es sich um direkte Verursachung handelt, und Fikentscher S. 256, § 49, III 4 b, der die Indizierung der Rechtswidrigkeit bei "weniger typischen Unrechtshandlungen" nur bei Verletzung objektiver Verhaltensregeln annimmt.

stoß gegen eine Verkehrssicherungspflicht⁸⁷⁾ wird generell zu bejahen sein. Das Verbot, Versorgungsleitungen zu beschädigen, soll gerade auch die beim Abnehmer zurechenbar verursachte Eigentumsverletzung verhindern. Das Gebot, nicht in das Funktionieren von Versorgungseinrichtungen einzugreifen, soll mithin nicht nur die der Erbringung von Versorgungsleistungen dienenden Gegenstände schützen, sondern auch deren Funktion sichern. Man hat sich auch im Hinblick auf die Abhängigkeit der Abnehmer einer Beschädigung von Versorgungsleitungen zu enthalten.

Dies sind genau die Überlegungen, die der Bundesgerichtshof⁸⁸⁾ im Rahmen der Schutzzweckprüfung anstellt. Aus den oben angeführten Gründen können sie jedoch bei der Feststellung der haftungsbegründenden Kausalität nicht herangezogen werden. Vielmehr ist ein objektiver Verstoß gegen diese umfassenden Verkehrssicherungspflichten auf der Grundlage der Lehre vom Verhaltensunrecht als rechtswidrigkeitsbegründend anzusehen. Deshalb ist es auch zumindest mißverständlich, in diesem Zusammenhang den Begriff des Rechtswidrigkeitszusammenhangs⁸⁹⁾, der an sich im Rahmen der Zurechnungsprüfung geläufig ist, zu verwenden.⁹⁰⁾ Denn hier handelt es sich nicht eigentlich um die Zurechenbarkeit eines Erfolges zu einer Handlung, diese wurde schon bejaht, sondern um die Bewertung der Handlung-Erfolg-Beziehung. Esser⁹¹⁾, der den Begriff des Rechtswidrigkeitszusammenhangs geprägt hat, weist ausdrücklich darauf hin, daß das Rechtswidrigkeitsurteil nur auf der Grundlage eines verwirklichten Tatbestandes gefällt werden kann. Der Bundesgerichtshof prüft jedoch die oben als Überlegungen zur Rechtswidrigkeitsfeststellung ein-

87) Es muß hier genügen, auf die rechtswidrigkeitsbegründende Funktion der Verkehrssicherungspflichten hinzuweisen; ob ihre Prüfung im Rahmen der Tatbestandsfeststellung oder bei der positiven Begründung der Rechtswidrigkeit zu erfolgen hat, muß dahingestellt bleiben; vgl. dazu Medicus S. 283, § 25, I 3 b.

88) BGHZ 41, 123, 127 f.

89) So aber BGHZ 41, 123, 128.

90) Vgl. zur eigentlichen Bedeutung des "Rechtswidrigkeitszusammenhangs" z.B. Esser, Bd. 1, S. 308 ff., § 45.

91) Esser, Bd. 1, S. 63, § 9, II 2.

geordneten Gesichtspunkte bei der Frage nach der zurechenbaren Haftungs begründung.

Damit ein Ersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB endgültig entsteht, muß der Schädiger schuldhaft gehandelt haben. Er muß also zumindest fahrlässig das Eigentum des Drittbe-
troffenen verletzt haben. Folgt man der Lehre vom Verhaltens-
unrecht, so muß sich das Handeln des Inanspruchgenommenen
gleichzeitig als ein zumindest fahrlässiger Verstoß gegen
eine Verkehrssicherungspflicht darstellen.

c) Die Verletzung des Rechts am eingerichteten und
ausgeübten Gewerbebetrieb

Erleidet ein Gewerbetreibender dadurch, daß die Zufuhr
von Versorgungsleistungen unterbrochen wird, einen Erwerbs-
ausfallschaden, der sich nicht als Vermögensfolgeschaden
aus der Verletzung eines der in § 823 Abs. 1 BGB ausdrücklich
geschützten Rechtsgüter, also z.B. des Eigentums darstellt,
und macht er einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB geltend,
so kommt als verletztes Rechtsgut nur das Recht am einge-
richteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in Betracht.

Das im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB "sonstige"⁹²⁾ Recht am
eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb hat heute im
Grundsatz weitgehend Anerkennung gefunden.⁹³⁾ Umstritten
ist in der Hauptsache nur sein Schutzzumfang, also die Frage,
welche Handlungen, die zu einer Beeinträchtigung eines
Gewerbebetriebs führen, gleichzeitig als zum Ersatz nach
§ 823 Abs. 1 BGB verpflichtend anzusehen sind.

92) Vgl. zu dieser Einordnung Larenz, Bd. II, S. 480, § 72,
III b.

93) Vgl. z.B. Palandt-Thomas Anm. 6g zu § 823; Enneccerus-
Lehmann, S. 940 f., § 234, I 1 b mit ausführlichen Hin-
weisen auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung;
Larenz, Bd. II, S. 480 f., § 72, III b; Esser, Bd. 2,
S. 405, § 107, II 2c; Fikentscher S. 620, § 103, II
1; aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grund-
legend BGHZ 3, 270, 279 f.; 8, 142, 144. Kritisch
Medicus S. 267, § 24, II 2c cc, der zur Bildung von Schutz-
gesetzen rät, da ein Gewerbebetrieb nur gegen bestimmte

Die Rechtsprechung⁹⁴⁾ geht davon aus, daß nur "unmittelbare" Beeinträchtigungen eines Gewerbebetriebes einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB begründen können. Die Unmittelbarkeit ist dabei jedoch weder als Kausalitätsbeschränkung anzusehen,⁹⁵⁾ noch kann ihr Begriffsinhalt mit dem des unmittelbaren Schadens im hier verwendeten Sinn gleichgestellt werden. Vielmehr ergebe sie sich aus der Betriebsbezogenheit des schädigenden Eingriffs.⁹⁶⁾ Dabei darf wiederum ein betriebsbezogener Eingriff nicht mit einem zielbezogenen Handeln⁹⁷⁾ verwechselt werden. Die Zielbezogenheit beinhaltet subjektive Elemente beim Schädiger,⁹⁸⁾ wogegen die Betriebsbezogenheit von den Auswirkungen einer Handlung her bestimmt wird. Nur die Beeinträchtigung solcher Rechte oder Rechtsgüter, die vom Gewerbebetrieb nicht ohne weiteres ablösbar seien, könne bei der Geltendmachung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb haftungsbegründend sein.⁹⁹⁾ Es wird also nicht vorausgesetzt, daß sich der Eingriff gegen den Bestand des Gewerbebetriebs als solchen richtet.¹⁰⁰⁾

Dieser Rechtsprechung, der auch die Literatur¹⁰¹⁾ im wesentlichen folgt, ist zuzustimmen. Mit einer Anerkennung des

Verhaltensweisen, dagegen nicht in seinem Bestand geschützt sein könne.

94) Vgl. z.B. BGHZ 15, 338, 349; 23, 157, 162; 29, 65, 70; BGH JZ 1970, 777, 778.

95) So ausdrücklich BGHZ 29, 65, 71.

96) BGHZ 29, 65, 74.

97) Auf die Zielbezogenheit stellen ab: Larenz, NJW 1956, 1719; Lehmann, NJW 1959, 670; vgl. dazu die ablehnende Stellungnahme in BGHZ 29, 65, 71 f. Neumann-Duesberg, NJW 1968, 1990 behauptet fälschlicherweise, daß der Bundesgerichtshof von der Zielbezogenheit ausgehe.

98) Subjektive Elemente sind der Tatbestandsstruktur des § 823 Abs. 1 BGB fremd; so auch Fabricius, JuS 1961, 151, 153.

99) BGHZ 29, 65, 74.

100) Die frühere Rechtsprechung des Reichsgerichts (z.B. RGZ 73, 107, 112; 77, 217, 219; 102, 223, 225) forderte noch einen Eingriff in den Bestand. Insbesondere RGZ 163, 21, 32 hat dieses Merkmal dann aufgegeben. Daran festgehalten hat in späterer Zeit noch OLG Freiburg JZ 1952, 231.

Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ohne die oben aufgezeigte Einschränkung würde ansonsten für an sich mittelbaren und damit grundsätzlich nicht ersatzfähigen Vermögensschaden eine Ausgleichsmöglichkeit eröffnet. Wie die Entwicklung dieses Rechts zeigt - es hat allein ergänzende Funktion und muß deshalb die Grundentscheidungen des Gesetzes respektieren¹⁰²⁾ - soll jedoch nicht jeder Vermögensschaden zum Ersatz berechtigen. Auch wenn von dem Erfordernis eines Eingriffs in den Bestand des Betriebes abgerückt wurde,¹⁰³⁾ so sollte doch nicht jede Sachbezogenheit aufgegeben werden. Würde man ganz auf sie verzichten, stünde dies im Widerspruch zu der generell kasuistischen Regelung des Deliktsrechts.¹⁰⁴⁾ Dadurch, daß nur betriebsbezogene Eingriffe als ersatzrechtlich relevant angesehen werden, wird dem Bedürfnis, auszugleichende Eingriffe auch in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nur dann anzunehmen, wenn sie gegenstandsbezogen sind, Genüge getan.

Die als Folge der Unterbrechung einer Versorgungsleitung verursachte Schädigung eines Gewerbebetriebes als einen betriebsbezogenen Eingriff anzusehen, ist nach dem oben Ausgeführten nicht möglich.¹⁰⁵⁾ Die Anerkennung des Rechts

101) So Soergel-Zeuner Rdnr. 70 zu § 823; Erman-Drees Rdnr. 40 zu § 823; Wussow S. 52; Esser, Bd. 2, S. 406 f., § 107, II 2 c bildet an Hand der Rechtsprechung Fallgruppen. Palandt-Thomas Anm. 6g zu § 823 hält das Merkmal der Betriebsbezogenheit für "unergiebig", ohne jedoch eine andere Einschränkungsmöglichkeit aufzuzeigen.

102) Vgl. Soergel-Zeuner Rdnr. 70 zu § 823 unter Hinweis auf BGHZ 36, 252, 257 und 38, 200, 204.

103) Siehe oben FN. 100.

104) BGHZ 29, 65, 63.

105) So auch BGHZ 29, 65, 75; OLG Karlsruhe NJW 1975, 221, 222; Soergel-Zeuner Rdnr. 72 zu § 823; Erman-Drees Rdnr. 40 zu § 823; Wussow S. 52 mit Hinweis auf LG Bückeburg VersR 1957, 724, 725; Haus, LM Nr. 16 zu § 823 BGB (Ai). Mit anderen Begründungen kommen auch Fabricius, JuS 1961, 151, 153 f. ("sozialtypische Offenkundigkeit") und Larenz, Bd. II; S. 483, § 72, III b (Zweckbezogenheit, vgl. auch Larenz, NJW 1956, 1719, 1720) zu dem gleichen Ergebnis. Einen unmittelbaren Eingriff nehmen Glücker, AcP 166, 311, 318 ff. und Neumann-Duesberg, NJW 1968, 1990, 1992 an.

am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darf nicht zu einem deliktischen Schutz von Forderungsrechten führen.¹⁰⁶⁾

Denn der Schädiger greift nur in das vertragliche Bezugsrecht des Unternehmens ein. Dieses Recht ist ohne weiteres vom Gewerbebetrieb ablösbar. Denn freiberuflich Arbeitende und auch private Haushalte sind in gleicher Weise auf die Leistungen der Versorgungsträger wie Gewerbetreibende angewiesen, ohne daß man auch nur näher in Betracht ziehen würde, ihnen außerhalb des Eigentumsschutzes deliktische Schadensersatzansprüche zuzubilligen.¹⁰⁷⁾ Daß das Risiko eines Schadenseintritts beim Gewerbetreibenden unter Umständen größer als bei anderen Abnehmern sein kann, erlaubt noch keine Ungleichbehandlung.¹⁰⁸⁾

Man kann auch nicht die Verletzung des Forderungsrechts als unbeachtlich ansehen und nur auf die Tatsache der Versorgungsunterbrechung und das Funktionieren des Betriebes abstellen.¹⁰⁹⁾ Denn auch damit ist noch nicht nachgewiesen, daß der Eingriff dergestalt erfolgt, daß man ihn - in ähnlicher Weise, wie das bei anderweitigen, einen Deliktsanspruch begründenden Verletzungen zu beobachten ist - noch als gegenstandsbezogen bezeichnen kann. Gerade das ist aber erforderlich, wenn er als ersatzrechtlich relevante Beeinträchtigung eines Gewerbebetriebs angesehen werden soll.

Sieht man einmal von einer im Einzelfall möglichen Haftung wegen einer Schutzgesetzverletzung oder einer sittenwidrigen Schädigung ab, so handelt es sich bei diesen Drittbeein-

106) Erman-Drees Rdnr. 40 zu § 823; v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, S. 68, 88; BGHZ 29, 65, 73 f.

107) So auch BGHZ 29, 65, 74 f.; siehe auch v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, S. 94.

108) Diese "schwerlich zu rechtfertigende Bevorzugung der allgemeinen Vermögensinteressen des gewerblichen Bereichs vor anderen Belangen" (Soergel-Zeuner Rdnr. 71 zu § 823) vertritt aber Glückert, AcP 166, 311, 319 ff.

109) So aber Glückert, AcP 166, 311, 326.

trächtigungen eines Unternehmens dem Schädiger gegenüber um einen typischerweise nicht zu ersetzenden mittelbaren Schaden. Das gilt, wie zu zeigen sein wird, auch dann, wenn der Geschädigte auf der Grundlage von Leistungsstörungsnormen gegen das Versorgungsunternehmen vorgehen kann und dieses unter Umständen seine Belastung mit Ersatzansprüchen als koinzidierendes Haftungsinteresse geltend zu machen vermag.

Es besteht insoweit kein Unterschied zu den sonstigen Fällen einer von einem Dritten verursachten Beeinträchtigung eines Forderungsrechts.¹¹⁰⁾ Man darf in die Anerkennung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb keine in der Weise über die Normierung eines neuen deliktsrechtlich geschützten Rechtsguts hinausgehende Intention hindeuten, gerade in bezug auf Gewerbetreibende typischen mittelbaren Schaden als unmittelbaren behandeln zu wollen.^{111).}

Das ergibt sich aus folgenden, oben schon kurz angedeuteten Überlegungen: Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist als "Rahmenrecht"¹¹²⁾ subsidiär.¹¹³⁾ Diese Subsidiarität ist nicht nur dahingehend zu verstehen, daß seine Prüfung dann entfällt, wenn ein ausdrücklich in § 823 Abs. 1 BGB geschütztes Rechtsgut verletzt ist; sie ist vielmehr auch dann zu beachten, wenn die Zubilligung eines Anspruchs durch die Systematik des Gesetzes ausge-

110) Vgl. z.B. v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, S. 68, 94.

111) Siehe dazu Soergel-Zeuner Rdnr. 71 zu § 823.

112) Vgl. zu diesem Begriff Fikentscher S. 619, § 103, II. Er weist u.a. daraufhin, daß nach h.M. die Rechtswidrigkeit eines Eingriffs in einen Gewerbebetrieb nicht indiziert sein kann, sondern wegen der tatbestandlichen Unschärfe dieses Rechts durch Güterabwägung festzustellen ist.

113) So Soergel-Zeuner Rdnr. 73 zu § 823; Erman-Drees Rdnr. 35 zu § 823; v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, S. 90. Auch die Rechtsprechung rückt den Subsidiaritätsgedanken immer mehr in den Vordergrund; vgl. BGHZ 8, 337, 394 f.; 36, 252, 256 f.; 38, 200, 204; BGH NJW 1964, 152, 153; BGH VersR 1965, 849, 852; BGH NJW 1966, 2010, 2011; BGH JZ 1968, 231, 232.

geschlossen ist.¹¹⁴⁾ Der Ersatz mittelbaren Schadens ist aber gerade bis auf wenige gesetzliche Ausnahmen versagt. Daran haben sich Rechtsprechung und Lehre bei der schon fast gewohnheitsrechtlichen¹¹⁵⁾ Anerkennung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gehalten. Es sollte kein genereller Deliktstatbestand für den Bereich der Gewerbebeeinträchtigungen geschaffen werden.¹¹⁶⁾ Deshalb sind typischerweise mittelbare Schäden auf der Grundlage dieser gewohnheitsrechtlichen Schutzposition nicht ersetzbar. Sie kann vielmehr nur dort Bedeutung erlangen, wo die Versagung eines Anspruchs zu Unbilligkeiten führen würde. Mit dieser ihrer lückenfüllenden Funktion ist die Bevorzugung bestimmter Interessen nicht vereinbar.¹¹⁷⁾

Man kann also nicht sagen, daß ein geschädigter Gewerbetreibender, der sein Recht am Unternehmen geltend macht, grundsätzlich ersatzberechtigt sei.¹¹⁸⁾ Da nur ein betriebsbezogener Eingriff haftungsbegründend sein kann, vermag dem Betroffenen überhaupt nur dann ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB zuzustehen, wenn er sich gerade auf eine solche Verletzung beruft. Da aber typischerweise mittelbare Schädigungen nicht als betriebsbezogen angesehen werden können, ist es insoweit nicht möglich, in den Stromkabelfällen eine generelle, nur im Einzelfall entfallende Ersatzpflicht anzunehmen.

Ob sie auf Grund anderer Haftungstatbestände ersetzt werden und damit ausnahmsweise doch als unmittelbare Schäden anzusehen sind, wird im weiteren Verlauf darzustellen sein.

114) Es muß eine Lücke feststellbar sein, die § 823 Abs. 1 BGB auszufüllen geeignet ist; so Erman-Drees RdNr. 35 zu § 823.

115) Vgl. dazu v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, S. 89; Hauß, LM Nr. 16 zu § 823 BGB (Ai).

116) Wenn in der Literatur zuweilen von einer Generalklausel die Rede ist, so ist damit kein allgemeiner Deliktstatbestand gemeint; vgl. Larenz, Bd. II, S. 480, § 72, III b; Esser, Bd. 2, S. 405, § 107, II 2c. Es soll allein auf die generalklauselartige Weite des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb hingewiesen werden; siehe auch v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, S. 90.

117) Vgl. BGHZ 29, 65, 74 f.; BGH VersR 1965, 849, 852; a.A. Glückert, AcP 166, 311, 320.

118) So aber Glückert, AcP 166, 311, 319.

3. Die Vertragspflichtverletzung als unerlaubte Handlung gegenüber einem Dritten

a) Die Ausgangslage

Im Vordergrund der Erörterung soll folgende Fallgestaltung stehen: Ein deliktsrechtlich Handlungspflichtiger, also etwa ein Streupflichtiger, hat mit dem Schädiger, z.B. einem Straßenreinigungsunternehmer, einen Vertrag dahingehend geschlossen, daß die ihn treffende deliktsrechtliche Pflicht, hier somit die Streupflicht, auf den letzteren übertragen werden soll. Der Vertragsschuldner, der seinen schuldrechtlichen Verpflichtungen nicht nachkommt, wird von einem dadurch geschädigten Dritten, also etwa einem wegen Glätte gestürzten und verletzten Fußgänger, aus § 823 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Dieser Dritte, der mangels Beteiligung an dem Vertrag - von dem Sonderfall des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte sei hier einmal abgesehen - keine vertraglichen Ansprüche zu erheben vermag, kann nur dann ersatzberechtigt sein, wenn der Schuldner durch den "Übernahmevertrag" ihm gegenüber deliktsrechtlich handlungspflichtig geworden ist.

Daß eine derartige Übertragung im Innenverhältnis Wirksamkeit erlangen kann, unterliegt keinen Bedenken. Unter welchen Voraussetzungen der Schuldner als direkte oder indirekte Folge der von ihm geschlossenen Vereinbarung auch im Außenverhältnis Träger einer deliktsrechtlichen Pflicht wird, wann also eine Vertragsverletzung, die zu einer Drittschädigung führt, einen deliktischen Anspruch eines ansonsten nicht ersatzberechtigten Betroffenen begründet, ist zu klären.

b) Die Übernahme einer deliktischen Handlungspflicht

Im Rahmen der nachfolgenden Darstellung soll allein auf die grundsätzliche Möglichkeit, deliktsrechtliche Handlungspflichten zu übernehmen, eingegangen werden. Die an sich vorgelagerte Problematik der Abgrenzung des aktiven Tuns vom relevanten Unterlassen¹¹⁹⁾ bzw. die Entscheidung,

119) Vgl. dazu z.B. v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, S. 74 f.

ob die Rechtswidrigkeit nach der Lehre vom Erfolgs- oder Verhaltensunrecht¹²⁰⁾ festzustellen ist, und damit auch die Frage, wann im einzelnen eine ausdrückliche Prüfung einer Handlungspflicht zu erfolgen hat, müssen außer Betracht bleiben.

Erste Voraussetzung des Anspruchs aus § 823 Abs. 1 BGB ist, auch wenn ihn ein Drittbetroffener geltend macht, die Verletzung eines der dort geschützten Rechtsgüter. Es ist heute allgemein anerkannt, daß die Haftung desjenigen, der eine deliktsrechtliche Handlungspflicht übernommen hat, nicht auf Beeinträchtigungen des Körpers oder der Gesundheit des Dritten beschränkt werden kann; vielmehr muß etwa auch eine Eigentumsverletzung als haftungsbegründend angesehen werden.¹²¹⁾ Im Rahmen der Zurechnungsprüfung ergeben sich keine Besonderheiten.

In den Fällen, in denen, um eine wirksame Haftungsbegründung bzw. die Rechtswidrigkeit der Handlung feststellen zu können, der Verstoß gegen eine Rechtspflicht zu prüfen ist, muß darüber hinaus, unter der hier anzunehmenden Voraussetzung, daß den Vertragsschuldner keine eigene, originäre Handlungspflicht trifft, die wirksame Übernahme einer solchen vorliegen. Ohne sie wäre, da es keine allgemeine Rechtspflicht gibt, die darauf gerichtet ist, einen anderen vor Schaden zu bewahren,¹²²⁾ die Begründung eines deliktsrechtlichen Ausgleichsanspruchs eines anderweitig nicht er-

120) Siehe auch hierzu v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, S. 75 f.

121) Vgl. z.B. Dietz S. 333; Oertmann, LZ 1931, 201, 211; Ulmer, JZ 1969, 163, 174; BGH VersR 1964, 942, 944; in einem obiter dictum auch schon BGH LM Nr. 2 zu § 823 BGB (H); a.A. Wahl S. 213 und die reichsgerichtliche Rechtsprechung; vgl. etwa RGZ 127, 14, 18; RG JW 1938, 3162, 3163.

122) Das betont Ulmer, JZ 1969, 163, 164 unter Hinweis auf RGZ 97, 11, 12; 102, 38, 42; 120, 121, 122; BGHZ 9, 301, 307. Das erhellt auch daraus, daß § 330 c StGB grundsätzlich nicht als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB anzusehen ist; die strafrechtlich sanktionierte Pflicht zur Schadensabwendung begründet keine besondere deliktsrechtliche Handlungspflicht; vgl. etwa Larenz, Bd. II, S. 470, § 72, II oder Esser, Bd. 1, S. 61, § 9, I 2.

satzberechtigten Dritten nicht möglich. Vielmehr muß gerade für den Einzelfall eine spezielle Rechtspflicht, die auch übernommen worden sein kann, nachgewiesen werden.

Daß einem Dritten gegenüber bestehende deliktische Handlungspflichten übertragen werden können, ist heute allgemein anerkannt.¹²³⁾ Dagegen ist ihre Begründung allein durch eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung nicht möglich. Wer nicht kraft Deliktsrecht handlungspflichtig ist, kann auch nicht durch Vertrag eine derartige Pflichtenstellung des Vertragsschuldners in bezug auf einen Dritten oder die Allgemeinheit schaffen. Die Nichterfüllung auf vertraglicher Grundlage beruhender Verbindlichkeiten als solcher kann nicht zu deliktischen Schadensersatzansprüchen Dritter führen.¹²⁴⁾

Zwar sind die Vertragsparteien in der Lage, im Verhältnis zueinander die Regelungen des Rechts der unerlaubten Handlungen ausdrücklich oder konkludent durch rechtsgeschäftliche Vereinbarungen zu modifizieren; man kann daraus jedoch nicht im Wege eines Umkehrschlusses folgern, daß sie auf der Grundlage privatautonomer Übereinkunft das Deliktsrecht mit Wirkung für Dritte ausweiten können.¹²⁵⁾ Pflichten, die gegenüber der Allgemeinheit bestehen, können auch nur

123) Siehe z.B. Erman-Dreß Rdnr. 59 zu § 823; Soergel-Zeuner Rdnr. 125, 136 zu § 823; BGB-RGRK-Haager Anm. 34 zu § 823; Enneccerus-Lehmann S. 948, § 234, II 2e; Esser, Bd. 2, S. 421 f., §108, II 2; Lorenz, JZ 1960, 108, 111.

124) Vgl. grundlegend Dietz S. 285 ff.; Oertmann, LZ 1931, 201, 206 ff.; Ulmer, JZ 1969, 163, 167; Lübke S. 117; BGHZ 9, 301, 307; 17, 214, 217; 24, 188, 191 f.; 32, 194, 203; 32, 297, 302. A.A. war das Reichsgericht; vgl. RG JW 1906, 59; RG WarnR 1911 Nr. 28; 1912 Nr. 338; RG Gruchot 55, 970, 971; 60, 1011, 1012; 70, 612, 614; RGZ 127, 14, 18. Vgl. auch Lorenz, JZ 1960, 108, 111, der die deliktische Sorgfaltspflicht "aus der Zielsetzung des Vertrages konkretisieren" will, um die vertraglichen Drittschadensfälle mit dem Deliktsrecht erfassen zu können; vgl. dazu Ulmer, JZ 1969, 163, 166 f. und Lübke S. 117 ff.

125) Vgl. Ulmer, JZ 1969, 163, 167.

durch diese aufgestellt werden; relative vertragliche Vereinbarungen, die nur relative, aber keine allgemeinen Pflichten begründen können, sind, da die letzteren von ihnen unabhängig sein müssen, dazu nicht tauglich.

Aus diesen Gründen kann auch bei der Übernahme einer bereits bestehenden Handlungspflicht, die sich, da die gesetzlichen Übernahmetatbestände der §§ 831 Abs. 2, 832 Abs. 2, 834 Abs. 2 und 838 BGB nicht als abschließende Regelung anzu-
sehen sind, auch nicht auf diese beschränkt,¹²⁶⁾ die Rechtsfertigung der Haftung des Vertragsschuldners nicht in der Vertragsverletzung als solcher gesehen werden.¹²⁷⁾ Die deliktische Haftung ist von den rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen strikt zu trennen. Der Frage, worauf sich die dem § 823 Abs. 1 BGB entspringende Ersatzpflicht des Schädigers stützt, gilt es im weiteren Verlauf nachzugehen.

Die Ansicht¹²⁸⁾, die die Haftung des Übernehmenden allein an die Tatsache der Übernahme anknüpft, muß auf schwerwiegende Bedenken stoßen. Bei ihr steht, nach dem Ausscheiden des vertraglichen Anknüpfungspunktes, vor allem die Erlangung der tatsächlichen Herrschaftsgewalt über den gefahrbringenden Zustand im Vordergrund. Dagegen werden von vornherein rechtsgeschäftliche Schuldübernahmetatbestände, also die §§ 414, 415 BGB, ausgeschlossen; es fehlt regelmäßig an der erforderlichen Mitwirkung des verletzten Dritten.¹²⁹⁾

Zwar wird mit der Übernahme einer deliktsrechtlichen Handlungspflicht in vielen Fällen auch die der tatsächlichen Herrschaftsgewalt einhergehen, doch kann dieses Merkmal allein nicht zu befriedigenden Ergebnissen führen.¹³⁰⁾ Eine allzuweit gezogene Haftung wäre die Folge. Es ist mit

126) Vgl. Dietz S. 320 ff.

127) Ulmer, JZ 1969, 163, 167.

128) Sie wird vor allem in der strafrechtlichen Literatur vertreten; vgl. etwa Gallas S. 40.

129) Siehe dazu auch Ulmer, JZ 1969, 163, 167 f.

130) Vgl. dazu auch Dietz S. 321 ff., der neben dem Kriterium der Erlangung der Herrschaftsgewalt auch noch auf das der Gefahrerhöhung abstellt.

Ulmer¹³¹⁾ insbesondere darauf hinzuweisen, daß, sollte die Erlangung der tatsächlichen Herrschaftsgewalt zum Zwecke der Gefahrenabwehr erfolgen, ungerechtfertigte Schadensersatzansprüche, die über den durch die §§ 677, 680 BGB festgelegten Haftungsmaßstab hinausgehen würden, erhoben werden könnten.

Daneben ist folgendes zu beachten: Für das Bestehen deliktsrechtlicher Handlungspflichten wird es als erforderlich angesehen, daß eine nähere, also gerade über die reine Herrschaftsgewalt hinausgehende, konkrete Beziehung zur Gefährdung besteht,¹³²⁾ wie sie z.B. für die durch die §§ 831 Abs. 2, 832 Abs. 2 und 834 BGB geregelten Übernahmefälle mit dem Merkmal der Aufsichtsführung als Haftungsvoraussetzung gesetzlich normiert ist.¹³³⁾ Stellt man ausschließlich auf die Sachherrschaft ab, so besteht die Möglichkeit einer deliktischen Haftung auch dann, wenn an sich die Voraussetzungen einer relevanten Rechtspflicht nicht festgestellt werden können.

Als allein entscheidend für die Begründung der Deliktshaftung eines Übernehmenden wird man vielmehr den Vertrauensgedanken bzw. -grundsatz anzusehen haben.¹³⁴⁾ Dadurch, daß sich der Vertragsschuldner bereit erklärt, eine deliktsrechtliche Handlungspflicht zu übernehmen, wird der primär Pflichtige in Sicherheit gewiegt. Indem der Übernehmende ein Tätigwerden zur Gefahrenabwehr verspricht, verhindert er ein Einschreiten des Übertragenden. Er setzt damit diesem und der Allgemeinheit gegenüber den dahingehenden Vertrauens-

131) Ulmer, JZ 1969, 163, 168 f.

132) Vgl. z.B. Esser, Bd. 2, S. 417, § 108, II 2, der entsprechend § 836 BGB bei der "Vorsorgepflicht" neben der Sachherrschaft auch auf den Eigenbesitz abstellt.

133) Das Vertragserfordernis (allgemein dazu im weiteren Verlauf) stellt sich als Gegenstück zur Beweislastumkehr dar; vgl. dazu Ulmer, JZ 1969, 163, 165.

134) So auch Ulmer, JZ 1969, 163, 169 f. Auch in anderem Zusammenhang wird der Vertrauensgrundsatz zur Haftungsbegründung herangezogen: So soll etwa die Haftung bei grobfahrlässig unrichtiger Auskunft auf ihm beruhen; vgl. dazu Canaris S. 539 oder Larenz, Bd. I, S. 451, § 71, I b; a.A. BGHZ 7, 371ff.: "stillschweigend geschlossener Auskunftsvertrag".

tatbestand, von nun an alles Erforderliche zu unternehmen, um eine Verwirklichung der Gefährdung zu vermeiden.¹³⁵⁾

Dieser Gedankengang gilt sowohl für die Übernahme von Verkehrssicherungspflichten, also solchen Pflichten, die auf die Abwendung einer Schädigung von einem unbestimmten Personenkreis nach vorheriger Schaffung einer Gefahrenlage gerichtet sind,¹³⁶⁾ als auch für sonstige Schutzpflichten. Insoweit ist deshalb der herrschenden Meinung¹³⁷⁾ zuzustimmen, wenn sie auch die Übertragung solcher Pflichten, die die Unversehrtheit eines bestimmten Rechtsguts oder aber aller Rechtsgüter eines bestimmten Rechtssubjekts gewährleisten sollen,¹³⁸⁾ als im Außenverhältnis wirksam ansieht. Denn auch dabei wird der Garant in Sicherheit gewiegt; es ist gerechtfertigt, dem Dritten, der durch die Vernachlässigung der übernommenen Pflicht geschädigt wird, einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB zuzubilligen.

Beruhet somit die deliktische Haftung des Vertragsschuldners allein darauf, daß er das ihm berechtigterweise entgegengebrachte Vertrauen eines einzelnen oder der Allgemeinheit enttäuscht hat, so ergeben sich daraus folgende Konsequenzen: Auch wenn für die der Arbeit zugrundeliegende Problemstellung in erster Linie solche Fallgestaltungen Bedeutung erlangen in denen das Vorliegen einer gültigen rechtsgeschäftlichen Vereinbarung festgestellt werden kann, so darf dies doch nicht als Voraussetzung einer wirksamen Übertragung deliktsrechtlicher Handlungspflichten angesehen werden. Das berechnete Vertrauen des Erstgaranten und damit die Schutzpflicht des Vertragsschuldners gegenüber den durch diese Begünstigten

135) Zu diesem Ergebnis Ulmer, JZ 1969, 163, 171, der auf die Einschaltung des Übernehmenden in das Vertrauensverhältnis zwischen dem Erstgaranten und dem geschädigten Dritten hinweist.

136) Vgl. zu diesem Begriffsinhalt etwa Soergel-Zeuner Rdnr. 103 zu § 823.

137) So z.B. Soergel-Zeuner Rdnr. 132, 136 zu § 823; Ulmer, JZ 1969, 163, 173 f.; BGH VersR 1960, 1014, 1015 in Abweichung von BGH LM Nr. 2 zu § 823 BGB(H); so auch schon RG Recht 1911 Nr. 1737 und RG JW 1912, 338, 339.

138) Vgl. zu diesem Inhalt des Begriffs der Schutzpflichten Ulmer, JZ 1969, 163, 173.

können vielmehr auch durch einen unwirksamen Vertrag begründet werden,¹³⁹⁾ wenn nur ein "Mindestmaß an Übereinkunft" bezüglich einer Übertragung erkennbar ist.¹⁴⁰⁾

Die das Außenverhältnis zur Allgemeinheit oder zu Einzelpersonen betreffende Übernahme darf insoweit nicht von der Gültigkeit des sie bezweckenden Vertrages im Innenverhältnis abhängig gemacht werden. Auch schon aus diesem Grunde ist es zumindest mißverständlich, die deliktische Sorgfaltspflicht als Reflex der vertraglichen zu bezeichnen.¹⁴¹⁾

Wenn der Bundesgerichtshof¹⁴²⁾ die Rechtfertigung der deliktischen Haftung des Übernehmenden darin sieht, daß die Einschaltung in die Erfüllung einer deliktsrechtlichen Handlungspflicht zu einer Gefahrerhöhung führt, decken sich zwar die so zu erreichenden Ergebnisse weitgehend mit den hier auf der Grundlage des Vertrauensgedankens gefundenen. Ulmer¹⁴³⁾ ist jedoch zuzustimmen, wenn er darauf hinweist, daß dieser Lösungsansatz in den Fällen nicht befriedigen kann, in denen die Einschaltung des Vertragschuldners das einzige Mittel zur Gefahrenabwehr ist. Denn auch insoweit muß, obwohl die Übertragung allein dazu geeignet ist, die Wahrscheinlichkeit zu verkleinern, daß sich die Gefährdung verwirklicht, eine deliktische Haftung des Beauftragten angenommen werden können. Hier vermag allein das Abstellen auf das nach der Verkehrsanschauung¹⁴⁴⁾ zu

139) So auch Dietz S. 324; Wahl S. 211. Bei den gesetzlichen Übernahmetatbeständen muß dagegen nach h.M. ein gültiger Vertrag vorliegen; vgl. z.B. BGB-RGRK-Haager Anm. 38 zu § 831; BGB-RGRK-Kreft Anm. 8 zu § 832; Erman-Drees Rdnr. 2 zu § 834; Soergel-Zeuner Rdnr. 2 ff. zu § 838.

140) Das betont Ulmer, JZ 1969, 163, 172; wenn er - worin ihm zu folgen ist, da der Vertrag an sich bedeutungslos ist - damit auch gleichzeitig auf einen auch unwirksamen Vertrag als Übernahmevoraussetzung verzichten will, kommt dem insbesondere Bedeutung für die Erfassung der Gefälligkeitsübernahmen zu; zu diesen RG JW 1906, 59, 60; RG Recht 1911 Nr. 1737; BGH VersR 1958, 833; 1961, 233, 234; BayObLGZ 1956, 251, 256 f. Zur Geschäftsführung ohne Auftrag als Grundlage einer Übernehmerhaftung vgl. Dietz S. 322 ff.

141) So aber Lorenz, JZ 1960, 108, 111 und dazu oben FN. 124.

142) BGH VersR 1958, 833; vgl. auch schon Dietz S. 321; Wahl S. 210; Oertmann, LZ 1931, 201, 207 f.

beurteilende Vertrauen Richtlinien für die sachgerechte Begründung einer aus § 823 Abs. 1 BGB folgenden Ersatzpflicht an die Hand zu geben.

c) Der Anspruch des Dritten gegen den Übertragenden

Wenn ein deliktsrechtlich Handlungspflichtiger seine Pflicht überträgt, bleibt er doch weiterhin insoweit verpflichtet, als er den Übernehmenden zu überwachen hat. Verletzt er diese Pflicht und kommt der Dritte auf Grund des Verhaltens des Übernehmenden zu Schaden, so haftet er beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen nach § 823 Abs. 1 BGB.¹⁴³⁾ Die Übernahme führt also nicht dazu, daß der Erstverpflichtete von seinen Schutzpflichten frei wird;¹⁴⁴⁾ diese bleiben vielmehr als Aufsichtspflichten, also mit verändertem Inhalt bestehen. Darüber hinaus können sie, kommt der Übernehmende seinen Verbindlichkeiten nicht nach, wieder in ihrem ursprünglichen Umfang aufleben.¹⁴⁵⁾ Es besteht somit die Möglichkeit, daß der Übertragende und der Übernehmende im Einzelfall auch nebeneinander aus § 823 Abs. 1 BGB haften. Nach § 840 Abs. 1 BGB sind sie dann als Gesamtschuldner anzusehen.

Die hier angesprochene Aufsichtspflicht darf nicht mit der Leitungspflicht, wie sie in § 831 BGB normiert ist, verwechselt werden.¹⁴⁶⁾ Ebenso wenig kann sie mit der Aufsichtspflicht über einen Verrichtungsgehilfen gleichgesetzt werden.¹⁴⁹⁾

143) Ulmer, JZ 1969, 163, 171.

144) Vgl. dazu Ulmer, JZ 1969, 163, 170 m.w.N.

145) Das ist, soweit ersichtlich, nicht bestritten; vgl. z.B. Soergel-Zeuner Rdnr. 125, 130, 315 zu § 823; Erman-Drees Rdnr. 59 zu § 823; Palandt-Thomas Anm. 8d zu § 823; Enneccerus-Lehmann S. 948, § 234, II 2e; Esser, Bd. 2, S. 421 f., § 108, III 2; Dietz S. 322; RG JW 1938, 3162, 3163; BGH MDR 1957, 214, 215; BGH VersR 1965, 1098, 1099; 1966, 145, 146; 1967, 962, 963; OLG München NJW 1966, 404, 405.

146) So ausdrücklich Ulmer, JZ 1969, 163, 171; Erman-Drees Rdnr. 59 zu § 823.

147) Vgl. Ulmer, JZ 1969, 163, 171.

148) Siehe dazu eingehend Erman-Drees Rdnr. 60 zu § 823.

149) Zur Abgrenzung von § 831 BGB vgl. auch Soergel-Zeuner Rdnr. 130 zu § 823.

Auf die in diesem Zusammenhang Bedeutung erlangenden Fragen des Organisationsverschuldens kann indessen nicht weiter eingegangen werden. Es sei nur darauf hingewiesen, daß die an sich dem geschädigten Dritten günstigere Haftung nach § 831 BGB nur dann eingreift, wenn sich der deliktsrechtlich Handlungspflichtige eines Verrichtungsgehilfen bedient bzw. der Übernehmende als Verrichtungsgehilfe des Übertragenden anzusehen ist. Dabei ist jedoch festzuhalten, daß allein die Übertragung einer allgemeinen Rechtspflicht den Übernehmenden noch nicht zu einem Verrichtungsgehilfen macht, daß dazu vielmehr auch die Begründung einer abhängigen Stellung erforderlich ist¹⁵⁰⁾.

d) Weitere Fallgestaltungen, in denen sich eine Vertragsverletzung als Delikt gegenüber einem Dritten darstellt

Beachtung verdient hier vor allem die von der herrschenden Meinung vertretene Lösung der Produzentenhaftpflichtfälle.¹⁵¹⁾ Da heute von der Überwiegenden Ansicht angenommen wird, daß der Verkäufer zur Lieferung einer mangelfreien Sache verpflichtet ist,¹⁵²⁾ begeht der Hersteller, der dem Zwischenhändler eine mangelbehaftete Sache liefert, einerseits diesem gegenüber eine Vertragsverletzung.¹⁵³⁾ Andererseits haftet er daneben auch dem Dritten, der infolge der Fehlerhaftigkeit einen Schaden erleidet, der über den reinen Mangelschaden, der unter die Gewährleistungspflicht des Zwischenhändlers fällt, hinausgeht und dem eine Verletzung der in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter zugrunde liegt, nach Deliktsgrundsätzen. Die von ihm begangene Vertragsverletzung hat im Wege der Drittwirkung zu einem

150) Vgl. hierzu Soergel-Zeuner Rdnr. 15 zu § 831.

151) Die h.M. stellt die deliktsrechtliche Lösung in den Vordergrund, vgl. z.B. Palandt-Thomas Anm. 16 D zu § 823, wobei wiederum der Schwerpunkt auf § 823 Abs. 1 BGB und den Verkehrssicherungspflichten liegt; vgl. aus der Rechtsprechung grundlegend BGHZ 51, 91 ff.

152) Vgl. z.B. Fikentscher S. 375 f., § 70, I 1; Medicus S. 136 f., § 15, I und S. 145 f., § 15, V 2 b; siehe auch Esser, Bd. 2, S. 30 ff., § 64, I.

153) Für diese gelten die Gewährleistungsvorschriften des Kaufrechts.

ersatzrechtlich relevanten Schaden des Endabnehmers geführt. Die Vertragsverletzung stellt sich als Zwischenursache im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität dar.

Diese Fallgestaltung beschränkt sich nicht auf die hier nur als Beispiel herangezogenen Produzentenhaftpflichtfälle. Diese stellen sich vielmehr wiederum nur als ein Unterfall der Anspruchsbegründung aus § 823 Abs. 1 BGB, die durch ein Verletzungsereignis als Zwischenursache qualifiziert ist, dar.

Des weiteren besteht die Möglichkeit, auf Grund privatautonomer Vertragsgestaltung die Begehung einer unerlaubten Handlung gegenüber einem Dritten als Vertragsverletzung zu behandeln. Diese Fälle dürfen nicht mit denen der Übernahme von Handlungspflichten verwechselt werden. Denn hier übernimmt ein originär Handlungs- bzw. Unterlassungspflichtiger¹⁵⁴⁾ gegenüber dem Vertragsgläubiger die relative Verpflichtung, die Rechtsgüter des aus § 823 Abs. 1 BGB Anspruchsberechtigten nicht zu beeinträchtigen. Ihre wesentliche Bedeutung erlangt diese Fallgestaltung dann, wenn der aus dem Vertrage Berechtigte von dem durch die unerlaubte Handlung Verletzten in Anspruch genommenen werden kann und die aus der gleichzeitig vorliegenden Vertragsverletzung erwachsene Ersatzberechtigung als Grundlage für einen Rückgriff gegen den Verpflichteten zu dienen vermag.¹⁵⁵⁾

Die durch die unerlaubte Handlung bewirkte Schädigung setzt sich auf den hinter dem eigentlichen Schädiger stehenden Ersatzleistenden um.¹⁵⁶⁾ Zu beobachten ist diese Erscheinung, die sich im übrigen auch bei den oben dargestellten Übernahmefällen ergeben kann, vor allem im Zusammen-

154) Die deliktsrechtliche Unterlassungspflicht ergibt sich aus dem Verbot, die Rechtsgüter eines anderen zu beeinträchtigen; vgl. Larenz, Bd. II, S. 468, § 72, II d ("neminem laedere").

155) Vgl. Hagen S. 10.

156) Zum Begriff der Schadensumsetzung vgl. oben in diesem Abschnitt, I C, S. 45.

hang mit § 831 und § 278 BGB sowie der Staatshaftung nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG; man vermag sie aber auch bei sonstigen Einstandspflichten des Vertragsberechtigten zu beobachten. Es wird darauf ausführlich zurückzukommen sein.

Nicht in diesen Zusammenhang gehört die Anwendung deliktsrechtlicher Folgeregelungen im Vertragsrecht, wie sie z.B. § 618 Abs. 3 BGB anordnet. In bezug auf die durch eine den Dienstverpflichteten schädigende Handlung beeinträchtigten und in entsprechender Anwendung der §§ 844, 845 BGB ersatzberechtigten Dritten liegt keine unerlaubte Handlung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB vor. Sie sind vielmehr mittelbar Geschädigte, deren an sich nicht ersatzfähige Einbußen kraft gesetzlicher Anordnung ausgeglichen werden.

4. Zwei weitere problematische Fallgestaltungen

Die folgenden Erörterungen sollen die keineswegs erschöpfende Darstellung derjenigen Ersatzmöglichkeiten beschließen, die einem durch ein drittwirkendes Schadensereignis Betroffenen auf der Grundlage des § 823 Abs. 1 BGB eröffnet werden können. Auch dabei wird sich wiederum zeigen, daß es für die ersatzrechtliche Behandlung einer Schädigung, die durch die Verletzung von in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgütern verursacht ist, keinen grundsätzlichen Unterschied macht, ob es sich um ein Schadensereignis im Zwei- oder um ein solches im Mehrpersonenverhältnis handelt. Da eine isolierte Betrachtung der Beziehung zwischen dem Schädiger und dem Drittbetroffenen, also die Zerlegung in für einen Deliktsanspruch maßgebliche Zweipersonenverhältnisse möglich ist, sind die allgemeinen Grundsätze des § 823 Abs. 1 BGB ohne Einschränkung anwendbar. Die durch die Drittbeteiligung begründeten Besonderheiten können nur bei der jeweils im Einzelfall vorzunehmenden Anspruchsprüfung Berücksichtigung finden.

a) Die Nothilfe im Straßenverkehr

Die Ausgangssituation stellt sich folgendermaßen dar: Der Dritte, der bei einem schuldhaft verursachten Unfall helfend eingreift, wird selbst verletzt; er macht gegen den Verursacher des ersten Schadensereignisses einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB geltend.

Auch in diesen Fällen der Drittwirkung eines Verletzungsereignisses ist es allgemein anerkannt, daß die eventuelle Ersatzberechtigung des Geschädigten in gleicher Weise nach den allgemeinen Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB zu beurteilen ist, wie wenn er dem Inanspruchgenommenen selbst hilft und damit von vorneherein nur ein Zweipersonenverhältnis vorliegt.¹⁵⁷⁾ Auch hier können für den deliktsrechtlichen Drittspruch keine besonderen Grundsätze aufgestellt werden.¹⁵⁸⁾ Die in diesem Zusammenhang entscheidende Frage stellt sich dahingehend, inwieweit die Zurechenbarkeit der beim Helfer eingetretenen Verletzung deshalb ausgeschlossen ist, weil sein Eingreifen auf seinen eigenen freien Entschluß zurückzuführen ist, inwieweit es sich also um eine ersatzrechtlich nicht relevante Selbstschädigung handelt.

Daß diese sogenannte "Unterbrechung des Kausalzusammenhangs" einen generellen Zurechnungsausschluß zur Folge hat, wird von der herrschenden Ansicht¹⁵⁹⁾ zu Recht verneint. Die Frage nach der Zurechenbarkeit ist vielmehr, für jeden Einzelfall gesondert, nach den allgemein geltenden Grundsätzen zu entscheiden.¹⁶⁰⁾

157) So lag der Sachverhalt in dem vom OLG Stuttgart JZ 1966, 189 entschiedenen Fall; vgl. dazu auch den Hinweis bei v. Caemmerer, DAR 1970, 283, 291 sowie LG Heidelberg VersR 1968, 53.

158) Davon geht auch Schwarz, JZ 1966, 162 aus.

159) Vgl. Erman-Sirp Rdnr. 20 zu § 249; Soergel-R. Schmidt Rdnr. 32 ff. zu §§ 249-253; Staudinger-Werner Vorbem. 45 zu §§ 249-255; Larenz, Bd. I, S. 322 ff., § 27, III b 3; Esser, Bd. 1, S. 305, § 44, III 2c; Fikentscher S. 275, § 51, V 1. Vgl. aus der Rechtsprechung RGZ 50, 219, 222 f.; 164, 125, 126; BGHZ 3, 261, 268; 24, 263, 266; BGH VersR 1965, 388, 389; OLG Stuttgart JZ 1966, 189.

Zu diesen können Billigkeitserwägungen nicht gezählt werden. Sie sind für eine sachgerechte Entscheidung der Zurechnungsproblematik nicht brauchbar.¹⁶¹⁾ Von einer Unzumutbarkeit der Haftung¹⁶²⁾ für die beim Helfer verursachten Schäden wird man, abgesehen von der Frage, ob Billigkeitserwägungen im Rahmen der Ursächlichkeits- und Zurechnungsprüfung überhaupt zulässig sind,¹⁶³⁾ schwerlich ausgehen können. Demjenigen, der seine Interessen aufopfert, Ersatz zu leisten, kann - wie sich schon aus der in den §§ 678 ff. BGB enthaltenen Wertung ergibt - nur in den seltensten Fällen als unbillig empfunden werden.

Eine wirksame Haftungsbeurteilung kann auch nicht dadurch, daß man auf einen behaupteten Schutzzweck des § 823 Abs. 1 BGB abstellt, ausgeschlossen werden. Da nämlich § 823 Abs. 1 BGB gerade einen umfassenden Rechtsgüterschutz bezweckt, können nicht durch bestimmte Verursachungsarten qualifizierte Verletzungen von einer Zurechnung ausgenommen werden.¹⁶⁴⁾ Das Abstellen auf den Schutzzweck erweist sich damit im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität als überflüssig.

Aber auch mit herkömmlichen Adäquanzüberlegungen läßt sich eine sachgemäße Risikoverteilung und damit eine den Interessen der Beteiligten gerecht werdende Haftungsbeschränkung nicht erreichen. Das ist heute überwiegend anerkannt.¹⁶⁵⁾ Denn

160) Vgl. auch schon oben 2. Teil, 1. Abschnitt, I B, S. 17 f.

161) So auch Schwarz, JZ 1966, 162, 163.

162) Vgl. Lindenmaier, ZHR 113, 207, 240 und im Anschluß an ihn vorübergehend der Bundesgerichtshof, vgl. BGHZ 3, 361, 369; siehe auch schon oben 2. Teil, 1. Abschnitt, I B, S. 16 f.

163) Siehe dazu z.B. Larenz, NJW 1955, 1009, 1011.

164) So zutreffend auch Schwarz, JZ 1966, 162, 164; vgl. auch BGHZ 59, 175, 176; diese Entscheidung dürfte sich jedoch auf § 823 Abs. 2 BGB beziehen.

165) Vgl. dazu allgemein z.B. v. Caemmerer, Kausalzusammenhang, S. 12 sowie für den speziellen Fall die folgende Darstellung.

wenn das Reichsgericht¹⁶⁶⁾, das allein auf die generelle Voraussetzbarkeit abstellte, schon dann adäquate Verursachung der Verletzung annehmen mußte, wenn das zugrundeliegende Verhalten des Verletzten moralisch geboten war, konnte es nur dann eine Haftungsbeurteilung verneinen, wenn eine ganz indifferente Ursache feststellbar war. Eine solche Haftungsbeschränkung, die sich mehr oder weniger auf an sich unproblematische Zufälle beschränkt, ist aber nicht ausreichend.¹⁶⁷⁾

Deshalb ist es auch zumindest mißverständlich, wenn der Bundesgerichtshof¹⁶⁸⁾, wenn auch für eine andere als die hier zugrundeliegende Fallgestaltung, dahingehend formuliert, daß die Ursächlichkeit des vom Verletzer gesetzten Umstandes nicht ausgeschlossen sei, "wenn dieser Umstand für das Verhalten des Dritten irgendwie bedingend" gewesen "oder gar dieses Verhalten durch den ersten Umstand erst ausgelöst und veranlaßt" worden sei.

Nur dann, wenn man mit Larenz¹⁶⁹⁾ und der von ihm begründeten Lehre von der objektiven Zurechnung in den Fällen des frei verantwortlichen Eingreifens eines Dritten die Bejahung der Zurechenbarkeit davon abhängig macht, daß das Tun dieses Dritten als von der Ersthandlung herausgefordert erscheint, kann man zu einer sachgerechten Haftungsbeurteilung gelangen.¹⁷⁰⁾

166) RGZ 29, 120, 121 f.; 50, 219, 223; 164, 125, 126; vgl. auch BGH NJW 1964, 1363, 1364, wo für die Begründung der adäquaten Kausalität bei der Verfolgung eines Unfallflüchtigen auf die "Kameradschaftlichkeit der Straße" abgestellt wird.

167) Vgl. auch Schwarz, JZ 1966, 162, 163.

168) BGH VersR 1965, 388, 389.

169) Larenz, Bd. I, S. 322, § 27, III, b 3; vgl. auch schon Larenz, NJW 1955, 1009, 1012.

170) Das ist heute herrschende Ansicht: vgl. BGH NJW 1964, 1363, 1364; BGH JZ 1967, 639, 640; BGHZ 57, 25, 29; BGH NJW 1971, 1982 f.; OLG Stuttgart JZ 1966, 189, 190; OLG Düsseldorf NJW 1973, 1929, 1930; NJW 1974, 1093; vgl. auch Stoll, Kausalzusammenhang, S. 32; v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, S. 74; Deutsch, JZ 1967, 641, 642; Huber, JZ 1969, 677, 679; v. Caemmerer, DAR 1970, 283, 291; Hübner, JuS 1974, 496, 499.

Als eigentlichen Zurechnungsgrund hat man also die Schaffung einer gesteigerten Gefahrenlage durch den Schädiger anzusehen. Auf dieser Grundlage vermag man einen beim Dritten eingetretenen Verletzungserfolg dann nicht mehr der Handlung des Schädigers zuzurechnen, wenn der Eingreifende ein selbständiges Schadensrisiko, das nicht mehr in innerem Zusammenhang mit der ersten schädigenden Handlung steht und zu dessen Eingehung er sich in keiner Weise herausgefordert fühlen durfte, begründet hat.

Dagegen wird man es als unangebrachte, weil wegen der damit verbundenen Abkehr von einer differenzierten Schadensverteilung rückschrittliche Wiedereinführung des Prinzips der Culpa-kompensation¹⁷¹⁾ anzusehen haben, wenn die Zurechnung der beim Dritten eingetretenen Verletzung schon in den Fällen ausgeschlossen wird, in denen die Verhältnismäßigkeit zwischen dem eingegangenen Risiko und dem mit der "selbstschädigenden" Handlung verfolgten Zweck nicht mehr gewahrt ist, in denen sich also der Dritte nicht zu der gewählten Art und Weise des Eingreifens herausgefordert fühlen durfte.¹⁷²⁾ Insoweit hat vielmehr eine Schadensteilung nach § 254 Abs. 1 BGB stattzufinden.¹⁷³⁾ Eine Fehleinschätzung der Lage, die zur Wahl eines unverhältnismäßigen Mittels führt, darf bei der Vornahme einer an sich gebotenen Handlung nicht zu einem völligen Verlust aller Ersatzansprüche führen.¹⁷⁴⁾ Hübner¹⁷⁵⁾ ist vollinhaltlich zuzustimmen, wenn er, um die Zurechenbarkeit festzustellen, nur prüft, ob eine Herausforderung, in dem von ihm gewählten Zusammenhang zur Verfolgung, hier zur Hilfeleistung vorliegt, dagegen der

171) Vgl. zu diesem Grundsatz Rother S. 30 f.

172) So aber die h.M.; vgl. insbesondere BGHZ 57, 25, 31; BGH NJW 1971, 1982, 1983; OLG Düsseldorf NJW 1973, 1929, 1930; NJW 1974, 1993 und dazu BERUF NJW 1975, 168 f.

173) Hübner, JuS 1974, 496, 498 f.; aus der Sicht des Bundesgerichtshofs können besondere Exzesse der Verfolgung als Mitverschulden nach § 254 BGB Berücksichtigung finden; vgl. BGHZ 57, 25, 31 unter Berufung auf Deutsch, JZ 1967, 641, 643. Siehe in diesem Zusammenhang auch Blomeyer S. 182, § 32, III 6 und Rother S. 102 ff.

174) Vgl. Hübner, JuS 1974, 496, 498.

175) Hübner, JuS 1974, 496, 499.

Frage nach der Verhältnismäßigkeit von Schadensrisiko und Zweck und insoweit dem Moment der gegen die eigenen Belange verstoßenden Selbstschädigung nur im Zusammenhang mit der Minderung der einmal entstandenen Schadensersatzpflicht Bedeutung zukommen läßt.

b) Drittbeeinträchtigungen anläßlich der Verfolgung eines Schädigers

Erleidet ein Dritter bei der Verfolgung z.B. eines Unfallflüchtigen¹⁷⁶⁾ einen Schaden, so ist die Frage, inwieweit die diesem zugrundeliegende Verletzung dem Schädiger zugerechnet werden kann, nach den gleichen Kriterien zu entscheiden, die oben für die Fälle der Nothilfe im Straßenverkehr herangezogen wurden. Die Haftung des Flüchtenden wird also dann wirksam begründet, wenn sich die Beeinträchtigung des Verfolgers noch als Verwirklichung des gesteigerten Risikos, das durch die sich der ersten Schädigung anschließende Flucht geschaffen wurde, darstellt.

Hat das primäre Schadensereignis den Entschluß zum Eingreifen herausgefordert, so kommt es für die Entscheidung über die Zurechenbarkeit entgegen der herrschenden Ansicht¹⁷⁷⁾ nicht darauf an, ob das dabei vom anspruchstellenden Dritten eingegangene Verletzungsrisiko in einem angemessenen Verhältnis zu dem Zweck der Verfolgung steht.¹⁷⁸⁾ Die unverhältnismäßige und damit gegen die eigenen Belange verstoßende Selbstgefährdung kann allein als Abwägungskriterium im Rahmen einer nach § 254 Abs. 1 BGB erfolgenden Minderung der zuvor wirksam begründeten Ersatzpflicht Berücksichtigung finden. Nur auf diesem Wege läßt sich eine billige, den Interessen der Beteiligten gerecht werdende Schadensverteilung erreichen.

176) So die Fallgestaltung in BGH NJW 1964, 1363.

177) Vgl. oben FN. 172.

178) Insbesondere mit Bezug auf diese Fluchtfälle hat Hübner, JuS 1974, 496, 498 f. die herrschende Ansicht widerlegt.

Ob und unter welchen Voraussetzungen neben § 823 Abs. 1 BGB noch weitere Ausgleichsmöglichkeiten, so etwa auf der Grundlage der §§ 677 ff. BGB¹⁷⁹⁾, angenommen werden können, muß hier dahinstehen. Sie hängen davon ab, inwieweit in bezug auf den Nothelfer bzw. den Verfolgenden, insoweit gelten die gleichen Grundsätze, die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen festgestellt werden können.

B) Der Ersatzanspruch des Dritten aus § 823 Abs. 2 BGB

1. Allgemeine Grundlagen

Ob die in der Folge eines primären Verletzungsereignisses in der Person eines Dritten entstandenen Schäden auf der Grundlage des § 823 Abs. 2 BGB ersetzt werden, hängt - abgesehen vom Verschulden - allein von dem Inhalt der Norm ab, deren Verletzung zur Haftungs begründung geltend gemacht wird. Nur dann, wenn sie Schutzgesetzcharakter hat, wenn der anspruchstellende Dritte zu dem durch sie geschützten Personenkreis gehört, wenn die eingetretene Verletzung, gerade auch in der Art und Weise ihrer Entstehung, durch sie verhindert werden sollte und wenn darüber hinaus der Schaden, dessen Ausgleich verlangt wird, in ihren Schutzbereich fällt, kann ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB gegeben sein.¹⁸⁰⁾

Im Zusammenhang mit dem Ersatz von auf Drittwirkungen eines Schadensereignisses beruhenden Schäden wird - auf diesen Problembereich sollen sich die folgenden Ausführungen beschränken - insbesondere erörtert, ob sich der durch die Unterbrechung einer Versorgungsleitung geschädigte Abnehmer

179) Zu eventuellen Ansprüchen aus Geschäftsführung ohne Auftrag vgl. Rother S. 105, der ihnen vom dogmatischen Standpunkt aus den Vorrang vor den Deliktsansprüchen einräumt; Schwarz, JZ 1966, 162, 165, der, zumindest für die Nothilfefälle, eine Ersetzung der §§ 823 ff. BGB durch die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag vertritt; für eine subsidiäre Anwendung der Geschäftsführungsregeln v. Caemmerer, DAR 1970, 283, 291. Zu einer anderen Fallgestaltung bei der Nothilfe im Straßenverkehr vgl. Weimar, MDR 1964, 821 f.

180) Vgl. zu diesen allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen auch oben 2. Teil, 1. Abschnitt, II, S. 26 ff.

auf die in den Landesbauordnungen enthaltenen Kabelschutzbestimmungen¹⁸¹⁾ als Schutzgesetze berufen kann.

2. Der Schutzgesetzcharakter der landesrechtlichen Kabelschutzbestimmungen

Sowohl in der Rechtsprechung¹⁸²⁾ als auch in der Literatur¹⁸³⁾ sind Stimmen laut geworden, die eine Interpretation dieser Vorschriften als Schutzgesetze bezüglich der bei einem Abnehmer infolge eines Produktionsausfalls eingetretenen Vermögensschäden befürworten. Es unterliegt keinen Bedenken, diese Normen als auf den Schutz der Allgemeinheit gerichtet anzusehen;¹⁸⁴⁾ fraglich ist jedoch, ob mit ihnen auch der Schutz der an die Versorgungsanlagen angeschlossenen Abnehmer, also ein Individualschutz beabsichtigt ist.

Man wird dies zu verneinen haben.¹⁸⁵⁾ Dem Wortlaut der Bestimmungen läßt sich eine gegenteilige Entscheidung der einzelnen Gesetzgeber nicht entnehmen.¹⁸⁶⁾ Die Benützer der

181) Vgl. § 18 Abs. 3 LBO Baden-Württemberg; Art. 13 Abs. 3 BayBO; § 13 Abs. 4 BauO Berlin; § 16 Abs. 3 BauO Hamburg; § 33 Abs. 2 Hess BauO; § 17 Abs. 2 BauO Niedersachsen, § 13 Abs. 2 LBO Nordrhein-Westfalen; § 55 Abs. 2 LBO Rheinland-Pfalz; § 13 Abs. 3 LBO Saarland; § 13 Abs. 3 LBO Schleswig-Holstein.

182) BGH NJW 1968, 1279, 1280; bestätigt in BGH VersR 1969, 542; offenlassend BGHZ 41, 123, 127 und LG Mannheim NJW 1969, 2204.

183) Vgl. Tegethoff, BB 1964, 19, 22; Glückert, ACP 166, 311, 327; Neumann-Duesberg, NJW 1968, 1990, 1991 f.; Teigelkötter, BB 1963, 1081, 1082 nimmt Schutzgesetzcharakter nur bezüglich der Verletzung von in § 823 Abs. 1 BGB aufgeführten Rechtsgütern an; siehe auch v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 248.

184) Vgl. BayObLG NJW 1972, 1085, 1087.

185) So auch Schmalz, NJW 1969, 2204; Finzel, NJW 1973, 761 f.; BayObLG NJW 1967, 354, 356 f.; 1972, 1085, 1087; OLG Hamm NJW 1973, 760; LG Wuppertal NJW 1963, 304, 305; OLG Karlsruhe NJW 1975, 221, 222 f.

186) Darauf weisen insbesondere BayObLG NJW 1967, 354, 356; 1972, 1085, 1086 und OLG Hamm NJW 1973, 760 hin.

geschützten Anlagen sind in ihnen nicht erwähnt.

Ferner ist auf folgendes hinzuweisen: Vor Erlaß der Landesbauordnungen, wobei die Hess BauO vom 6.7.1957 den Anfang machte, und damit vor der Normierung der Kabelschutzbestimmungen kam, zumal auch für den hier in erster Linie interessierenden gewerblichen Bereich ein Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, woran sich bis heute nichts geändert hat, nicht zur Haftungs begründung herangezogen werden konnte, ein auf deliktsrechtlicher Grundlage basierender Ersatz von Produktionsausfallschäden nicht in Betracht. Hätten die Landesgesetzgeber eine Ersatzmöglichkeit schaffen sollen, die über die durch die kasuistische Regelung des Deliktsrechts vorgegebene Haftungslage hinausgeht, so wäre dazu, abgesehen von der Frage nach der grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Zulässigkeit¹⁸⁷⁾, eine eindeutige und klare gesetzliche Fixierung erforderlich gewesen.¹⁸⁸⁾ Das gilt um so mehr, als, da der durch die Beschädigung einer Versorgungsanlage in seinem Vermögen nachteilig betroffene Personenkreis sehr groß sein kann, mit der Eröffnung einer auf § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Kabelschutzbestimmungen gestützten Ersatzmöglichkeit die Begründung eines in vielen Fällen kaum mehr übersehbaren und damit unangemessenen Haftungsrisikos verbunden ist.¹⁸⁹⁾

Darüber hinaus spricht auch die Entstehungsgeschichte der Kabelschutzbestimmungen gegen den ihnen zuweilen beigelegten Schutzgesetzcharakter. Sie enthalten vielmehr allein Bauordnungsrecht, also öffentliches Bauaufsichtsrecht.¹⁹⁰⁾ Das

187) Vgl. dazu Schmalzl, NJW 1969, 2204, der Bedenken hinsichtlich der Art. 72, 74 Nr. 1 GG hegt, wenn Arbeiten an Verkehrsanlagen nicht den Bauordnungen unterfallen. Vgl. dazu Finzel, NJW 1973, 761, 762 und im weiteren Verlauf.

188) Vgl. BayObLG NJW 1967, 354, 356; 1972, 1085, 1086; OLG Hamm NJW 1973, 760, 761.

189) Vgl. insbesondere OLG Hamm NJW 1973, 760, 761 und im Anschluß daran Finzel, NJW 1973, 761, 762.

Bayerische Oberste Landesgericht¹⁹¹⁾ hat das für Art. 13 Abs. 3 BayBO ausführlich nachgewiesen. Die dortigen Ausführungen gelten, insbesondere insoweit, als sie auf die "Musterbauordnung für die Länder des Bundesgebietes" Bezug nehmen, entsprechend für die in den anderen Landesbauordnungen enthaltenen Schutzbestimmungen.¹⁹²⁾ Zu beachten ist dabei vor allem der Hinweis auf das Nichtbeibehalten des in § 13 Abs. 1 des ersten Entwurfs einer Musterbauordnung vom August 1958 enthaltenen Individualschutzes in ihrer Fassung vom 1.1.1960.

Wenn der Bundesgerichtshof¹⁹³⁾ darlegt, daß ein Individualschutz deshalb vorliege, weil etwas anderes, also sein Ausschluß, nicht ersichtlich sei, so kann dieser Argumentation nicht gefolgt werden. Indem er von der Wirkung der Gesetze ausgeht, legt er seiner Entscheidung einen hypothetischen Willen der Landesgesetzgeber zugrunde, ohne die mit der Normierung der Kabelschutzbestimmung wirklich verfolgte Absicht zu erforschen, geschweige denn sie zu berücksichtigen.¹⁹⁴⁾ Wenn er daneben generell das Allgemeininteresse als die Summe des Individualinteressen bezeichnet,¹⁹⁵⁾ scheint er

190) Vgl. BayObLG NJW 1967, 354, 357; "Der Art.13 Abs. 3 BayBO stellt eine nähere Ausführung der Generalklausel des Art. 3 BayBO dar." Diese Vorschrift verfolgt aber keinen Individualschutz; BayObLG NJW 1972, 1085, 1086; OLG Hamm NJW 1973, 760; Finzel, NJW 1973, 761, 762.

191) BayObLG NJW 1972, 1085, 1086 f.

192) Die Bedeutung der Musterbauordnung für die Entstehungsgeschichte und damit für die Auslegung der Kabelschutzbestimmungen übersieht Neumann-Duesberg, NJW 1968, 1990, 1991, wenn er die Einführung landesrechtlicher Kabelschutzbestimmungen auf den Hinweis in BGHZ 41, 123, 127 zurückführt.

193) BGH NJW 1968, 1279, 1280.

194) So auch BayObLG NJW 1972, 1085, 1086; OLG Hamm NJW 1973, 760; vgl. dazu auch BGHZ 40, 306, wo der Bundesgerichtshof ausdrücklich klarstellt, daß für die Entscheidung über den Schutzgesetzcharakter nicht auf die Wirkung, sondern nur auf Inhalt und Zweck des Gesetzes und bei deren Ermittlung in erster Linie auf den Willen des Gesetzgebers abzustellen ist.

195) BGH NJW 1968, 1279, 1280.

hier die Möglichkeit zu leugnen, zwischen Individual- und Gesamtschutz zu unterscheiden, ¹⁹⁶⁾ wogegen er diese Differenzierung in anderem Zusammenhang ohne Bedenken vornimmt ¹⁹⁷⁾.

Soweit die Landesbauordnungen nicht für Bauarbeiten an Verkehrsanlagen gelten ¹⁹⁸⁾, läßt sich die Ansicht des Bundesgerichtshofs, abgesehen von den schon oben angedeuteten verfassungsrechtlichen Bedenken, auch aus Gerechtigkeitsgründen nicht aufrechterhalten. ¹⁹⁹⁾ Der Ausgleich von Vermögenseinbußen, die durch einen schädigenden Eingriff in eine Versorgungsanlage bei den an diese angeschlossenen Abnehmern entstehen, würde ~~ansonsten~~ davon abhängen, ob der den Schaden Verursachende, also z.B. ein Bauunternehmer, mit Arbeiten auf privatem Grund, insoweit würde die Verletzung der Kabelschutzbestimmungen im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB haftungsbegründend sein, oder aber auf öffentlichem Grund, hier könnte eine Schadensersatzpflicht nicht entstehen, beschäftigt ist. Nur durch eine den Schutzgesetzcharakter verneinende Auslegung kann diese Ungleichbehandlung vermieden werden.

Zusammenfassend läßt sich somit feststellen: Die in den Landesbauordnungen enthaltenen Bestimmungen, die den Schutz von Versorgungsanlagen bezwecken, können nicht als Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB angesehen werden. ²⁰⁰⁾ Der

196) Darauf weist auch BayObLG NJW 1972, 1085, 1086 hin.

197) Vgl. etwa BGH MDR 1951, 97, 98; BGH LM Nr. 4 zu § 823 BGB (Bf); BGHZ 40, 306; 46, 17, 23.

198) Das ist festgelegt in § 1 Abs. 2 LBO Baden-Württemberg; Art. 1 Abs. 2 BayBO; § 1 Abs. 2 BauO Berlin; § 1 Abs. 3 BauO Hamburg; § 3 Abs. 1 BauO Niedersachsen; § 1 Abs. 2 BauO Nordrhein-Westfalen; § 1 Abs. 2 LBO Rheinland-Pfalz; § 1 Abs. 2 LBO Saarland; § 1 Abs. 2 LBO Schleswig-Holstein; vgl. aber § 1 Hess BauO.

199) So BayObLG NJW 1972, 1085, 1087; OLG Hamm NJW 1973, 760, 761; Schmalz, NJW 1969, 2204; Finzel, NJW 1973, 761, 762; vgl. auch LG Mannheim NJW 1969, 2204.

200) A.A. allein unter Hinweis auf BGH NJW 1968, 1279 ff. ohne weitere Begründung Soergel-Zeuner Rdnr. 346 zu § 823; Erman-Drees Rdnr. 134 zu § 823.

bei den Abnehmern eingetretene Vermögensschaden ist dem Verursacher gegenüber grundsätzlich nicht ersatzfähiger mittelbarer Schaden. Eine Bevorzugung der Gewerbetreibenden dadurch, daß diese einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb geltend machen könnten, findet nicht statt.

C) Der Ersatzanspruch des Dritten aus § 826 BGB

Macht der Dritte einen Anspruch aus § 826 BGB geltend, weil sich eine durch den Inanspruchgenommenen verursachte Beeinträchtigung eines primär Betroffenen in seiner Rechtssphäre ausgewirkt hat, so müssen gerade auch in bezug auf seine Person die besonderen Anspruchsvoraussetzungen des § 826 BGB²⁰¹⁾ festgestellt werden können. Der Schadenseintritt gerade bei diesem Dritten muß vom zumindest bedingten Vorsatz umfaßt sein. Der Schädiger muß sittenwidrig gehandelt haben.

Bedingt dadurch, daß § 826 BGB seinen Schutz nicht auf bestimmte Rechtsgüter beschränkt und damit einen auf besonders qualifizierte Begehungsweisen begrenzten allgemeinen Deliktstatbestand darstellt, erlangt er in dem hier relevanten Zusammenhang insofern Bedeutung, als immer dann eine Ausgleichspflicht für einen sonst grundsätzlich nicht ersatzfähigen Schaden eines Dritten begründet wird, wenn beim Handelnden die angesprochenen willensmäßigen Voraussetzungen vorliegen.²⁰²⁾ Soll also z.B., um auf zwei typische Fälle mittelbarer Schädigung zurückzugreifen, ein Theaterunternehmer in der Weise geschädigt werden, daß der von ihm engagierte Sänger verletzt wird, er somit die Veranstaltung absagen und einen Einnahmeausfall hinnehmen muß, so ist er auf der Grundlage

201) Vgl. oben 2. Teil, 1. Abschnitt, III, S. 28 f.

202) Vgl. dazu etwa Fikentscher S. 266, § 50, II 1; Enneccerus-Lehmann S. 1000, § 249, I; Marschall v. Bieberstein S. 283; v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 247.

202a) Verursacht also der Kraftfahrer A einen Unfall und können die nachfolgenden Autos nur so die Unfallstelle passieren, daß sie dabei einen Grünstreifen beschädigen, so steht dem Eigentümer des Grünstreifens ein Anspruch aus § 7 StVG gegen A nur zu, wenn der Schaden noch als "beim Betrieb" des Wagens des A verursacht angesehen werden kann; vgl. dazu BGHZ 58, 162 ff.

des § 826 BGB ersatzberechtigt. Entsprechendes gilt für den zur Lohnfortzahlung verpflichteten Arbeitgeber. Das in § 823 Abs. 1 BGB, der das Vermögen als solches nicht als geschütztes Rechtgut berücksichtigt, enthaltene Enumerationsprinzip kann insoweit seine anspruchshindernde Wirkung nicht entfalten.

D) Der Ersatzanspruch des Dritten auf der Grundlage von Gefährdungshaftungstatbeständen

Macht der Dritte, in dessen Rechtsphäre ein bei einem anderen verursachtes Verletzungsereignis zu Schäden geführt hat, einen Ersatzanspruch auf der Grundlage eines Gefährdungshaftungstatbestandes geltend, so müssen auch hier, ebenso wie bei den §§ 823 Abs. 1 bzw. Abs. 2 und 826 BGB, gerade in seiner Person die Anspruchsvoraussetzungen verwirklicht worden sein.^{202a)} Andernfalls hat er, soweit keine anderen Ausgleichsmöglichkeiten bestehen, seinen Schaden als "Zufall" selbst zu tragen.

Ausdrücklich hingewiesen sei auf das gefahrenspezifische Zurechnungselement. Die beim Dritten bewirkte Schädigung muß dem Schutzbereich der geltend gemachten Gefährdungshaftungsnorm unterfallen. Erhebt er also beispielsweise einen Anspruch aus § 7 Abs. 1 StVG, so muß auch seine Beeinträchtigung und nicht nur die des primär Betroffenen beim Betrieb des Kraftfahrzeugs entstanden sein. Dies ist dann der Fall, wenn sie sich als Verwirklichung eines spezifischen Betriebsrisikos darstellt oder wenn ihre Entstehung doch zumindest in unmittelbarem zeitlichem und örtlichem Zusammenhang mit einer Betriebseinrichtung oder einem Betriebsvorgang steht.²⁰³⁾

203) Vgl. zu diesen Erfordernissen Geigel S. 642; vgl. auch das Beispiel bei Geigel S. 647 f. (Schädigung bei versuchter Rettung aus einem verunglückten Kraftfahrzeug); im übrigen wird man die durch die oben angeführten Fälle einer Nothilfe im Straßenverkehr bzw. einer Verfolgung eines unfallflüchtigen Kraftfahrers entstehenden Verletzung insgesamt noch als beim Betrieb eines Kraftfahrzeugs erlittene anzusehen haben. Zur Gefährdungshaftung bei Schockschäden vgl. oben in diesem Abschnitt, II A 1 d, S. 62 f.

E) Der vertragliche Schadensersatzanspruch des Dritten

1. Allgemeine Grundlagen

Grundsätzlich steht der vertraglichen Schadensersatzhaftung gegenüber einem Dritten, auf dessen Rechtsgüter sich die Beeinträchtigung eines primär Verletzten, der mit dem Schädiger in vertraglicher Beziehung steht, ausgewirkt hat, die relative Wirkung schuldrechtlicher Bindungen entgegen. Sie hat zur Folge, daß aus einem Verträge, auch soweit es sich um Schadensersatzansprüche handelt, nur die an ihm Beteiligten berechtigt oder verpflichtet sein können.²⁰⁴⁾

Der Dritte, der mit dem Schädiger nicht schuldrechtlich verbunden ist, hat also in der Regel, zumindest diesem gegenüber, keinen eigenen vertraglichen Ersatzanspruch. Auf Ausnahmen wird im weiteren Verlauf der Darstellung einzugehen sein.

Stellt sich dagegen die auf der Drittwirkung eines Schadensereignisses beruhende Beeinträchtigung gerade als die Verletzung eines zwischen Drittem und Inanspruchgenommenem bestehenden Schuldverhältnisses dar, so ist der sekundär geschädigte Anspruchsteller unter der Voraussetzung, daß die allgemeinen Grundlagen eines vertraglichen Schadensersatzanspruchs, wie sie auch für das Zweipersonenverhältnis gelten,²⁰⁵⁾ als erfüllt angesehen werden können, ersatzberechtigt. Zur Verdeutlichung ein Beispiel: Der Arbeitnehmer A beschädigt den Wagen des Lieferanten B seines Arbeitgebers C. Der C wird deshalb zu spät beliefert und erleidet einen Schaden. Diesen kann er unter Umständen von A auf der Grundlage einer Arbeitsvertragsverletzung ersetzt verlangen. Auch für einen vertraglichen Schadensersatzanspruch ist es also grundsätzlich unerheblich, ob die Forderungsverletzung und damit die Beeinträchtigung des Ersatzgläubigers direkt oder indirekt verursacht worden ist.²⁰⁶⁾

204) Vgl. dazu etwa Larenz, Bd. I, S. 326, § 27 IV a. Siehe aber auch § 3 Ziff. 1 PflVG und dazu Blomeyer S. 201, § 33, IV 1.

205) Vgl. dazu oben 2. Teil, 1. Abschnitt, IV, S. 30 ff.

206) So allgemein für Schadensersatzansprüche Mot. II S. 18; Staudinger-Werner Vorbem. 13 zu §§ 249-255.

Unabhängig vom Bestehen einer solchen Ausgleichsmöglichkeit kann, soweit deren Voraussetzungen festgestellt werden können, der Ersatzanspruch des Dritten auch auf deliktische Haftungsnormen gestützt werden. In diesem Zusammenhang ist darauf zu achten, daß zwar Schadensersatzansprüche wegen positiver Forderungsverletzung bzw. wegen sonstiger Leistungsstörungen, jedoch nicht solche aus unerlaubter Handlung durch Schadensersatzregelungen des Gewährleistungsrechts²⁰⁸⁾ ausgeschlossen werden können.²⁰⁹⁾

Bevor auf eine spezielle Fallgestaltung des vertraglichen Anspruchs eines Dritten auf Ersatz unmittelbaren Schadens eingegangen werden soll, die durch die Beteiligung dreier Personen an einem Vertrag gekennzeichnet ist, ist darauf hinzuweisen, daß § 618 Abs. 3 BGB nicht in die hier vorzunehmenden Erörterungen miteinbezogen werden darf.²¹⁰⁾ Denn obwohl sich die durch ihn begründeten Ansprüche ebenfalls als vertragliche Schadensersatzberechtigungen darstellen,²¹¹⁾ sind diese doch nicht auf den Ausgleich unmittelbaren Schadens gerichtet. Ihre Bedeutung ist vielmehr darin zu sehen, daß durch sie die für das Deliktsrecht vorgegebene Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen für an sich haftungsrechtlich nicht relevanten, mittelbaren Schaden dennoch Ersatz verlangen zu können, im Einzelfall auf das Vertragsrecht übertragen wird.

207) So auch Wussow S. 406.

208) In Betracht kommen die §§ 463, 538, 635 BGB.

209) Vgl. Palandt-Putzo Anm. 4 zu § 463 und Anm. 1c zu § 538; Palandt-Thomas Vorbem. 4e, h vor § 633.

210) Ebenso muß die Darstellung des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte einem späteren Zusammenhang vorbehalten bleiben; vgl. dazu auch oben in diesem Abschnitt, I A, S. 42 f.

211) Das ist h.M.; vgl. Esser, Bd. 2, S. 156, § 78, II 1a: § 618 Abs. 3 BGB als "umgrenzte Rechtsfolgenverweisung"; Fikentscher S. 468, § 79, II 3 b: "deliktische Schadensberechnungsvorschriften" finden Anwendung; Soergel-Wlotzke-Volze Rdnr. 25 zu § 618; Enneccerus-Lehmann S. 622 f., § 146, III 2c.

2. Schadensersatzansprüche des Dritten beim echten Vertrag zugunsten Dritter

Der Vertrag zugunsten Dritter im Sinne der §§ 328 ff. BGB begründet kein Vertragsverhältnis zwischen dem Versprechenden und dem Dritten.²¹²⁾ Letzterem wächst vielmehr allein ein von dem zwischen Versprechensempfänger und Versprechendem bestehenden Deckungsverhältnis "abgespaltenes" Forderungsrecht zu.²¹³⁾ Schädigt der Promittent²¹⁴⁾ den aus dem Zuwendungsverhältnis Berechtigten, so fragt es sich, ob und inwieweit er dennoch vom Destinatär auf der Grundlage vertraglicher Schadensersatzberechtigungen in Anspruch genommen werden kann. Dabei käme den auf diese Weise eröffneten Ersatzmöglichkeiten vor allem unter zwei Gesichtspunkten Bedeutung zu: Einerseits wäre mit ihnen in Gestalt des § 278 BGB die für den Dritten gegenüber den deliktsrechtlichen Ansprüchen vorteilhaftere Gehilfenhaftung verbunden; der Geltendmachung der letzteren stehen im übrigen, soweit ihre Voraussetzungen, insbesondere unter Berücksichtigung des § 831 BGB, als erfüllt anzusehen sind, keine Bedenken entgegen.²¹⁵⁾ Andererseits könnten sie, wiederum im Gegensatz zum Deliktsrecht, auch für den Ersatz reiner Vermögensschäden herangezogen werden.

Von der Drittwirkung zumindest eines Verletzungsereignisses kann in diesem Zusammenhang deshalb gesprochen werden, weil

212) Dies ist allgemeine Ansicht; vgl. BGB-RGRK-Wilde Anm. 13 zu § 328; Soergel-R.Schmidt Rdnr. 11 vor § 328; Palandt-Heinrichs Einf. 2b vor § 328; Erman-H.P. Westermann Rdnr. 6 vor § 328; Enneccerus-Lehmann S. 154, § 35, IV 1; RG JW 1938, 2967; BGHZ 54, 145, 147; OLG München Rpfleger 1972, 31, 32.

213) Vgl. zu dieser Formulierung BGHZ 54, 145, 147.

214) Zur Bezeichnung der Beteiligten als Promittent (= Versprechender), Promissar (= Versprechensempfänger) und Destinatär (= Dritter) vgl. Fikentscher S. 148, § 37, II 1.

215) Auf die dann unter Umständen vorliegende Anspruchskonkurrenz weist für den umgekehrten Fall der Ersatzforderung des Promittenten gegen den Destinatär Heinrich Lange, NJW 1965, 657, 660 hin.

in der Schädigung des Dritten unter Umständen gleichzeitig eine Verletzung des Deckungsverhältnisses, genauer gesagt, des Anspruchs des Promissars auf ordnungsgemäße Leistung an den Dritten, vgl. § 335 BGB, gesehen werden kann.²¹⁶⁾ Dieser Vertragsverletzung kommt insoweit praktische Bedeutung zu, als sie eine Haftung des Promittenten gegenüber dem Versprechensempfänger insbesondere für die Fälle begründet, in denen jener für die beim Dritten verursachte Beeinträchtigung auf Grund des Valutaverhältnisses einzustehen hat. Da sich der Schaden dann auf ihn umsetzt, kann bei einer solchen Fallgestaltung auch er und nicht nur der geschädigte Destinatar, der durch die Zuwendung des Anspruchs den mit der Erbringung der Leistung verbundenen Gefahren ausgesetzt wurde, als Drittbetroffener angesehen werden.

a) Gesetzlich geregelte Ersatzberechtigungen

Bei der Beantwortung der oben gestellten Frage hat man danach zu differenzieren, ob der Dritte gesetzlich geregelte Schadensersatzansprüche wegen einer allgemeinen Leistungsstörung bzw. einem Mangel geltend macht oder aber ob er sich, um Ausgleich für Schäden zu erlangen, die auf eine sonstige Schlechtleistung bzw. eine Verletzung von Neben- oder Schutzpflichten, soweit solche bestehen, zurückzuführen sind, auf eine im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht ausdrücklich normierte Anspruchsgrundlage beruft.

Für die erste Gruppe ist man sich im Grundsatz einig, daß dem Dritten solche Schadensersatzansprüche zustehen können.²¹⁷⁾

216) Es handelt sich bei diesem Anspruch um eine von der des Destinatars verschiedene Forderungsberechtigung; vgl. etwa BGB-RGRK-Wilde Anm. 13 zu § 328; Esser, Bd. 1, S. 394, § 53, II; Enneccerus-Lehmann S. 155, § 35, IV 2; Fikentscher S. 152, § 37, III 2e; Heinrich Lange, NJW 1965, 657, 661; BGHZ 3, 385, 388.

217) Vgl. dazu etwa Soergel-R.Schmidt Rdnr. 4 zu § 328; Palandt-Heinrichs Anm. 2 zu § 335; Enneccerus-Lehmann S. 154, § 35, IV 1; Fikentscher S. 152, § 37, III 2e; Esser, Bd. 1, S. 394, § 53, II; Heinrich Lange, NJW 1965, 657, 663.

Er ist Inhaber eines eigenen, auf die Erbringung der Hauptleistung gerichteten Anspruchs gegen den Versprechenden; dieser wird nicht, verspätet oder aber schlecht erfüllt. Somit liegen die Voraussetzungen dafür, daß sich der Dritte auf die durch das Gesetz eröffneten Ersatzmöglichkeiten berufen kann, vor.

Einschränkungen müssen jedoch in den Fällen gemacht werden, in denen sich die Ausübung der dem Forderungsberechtigten an sich zustehenden Rechte in ihren Auswirkungen nicht auf seinen Anspruch bzw. seine Rechtssphäre beschränkt, so wie das z.B. bei der Geltendmachung von Verzugsschaden auf der Grundlage des § 286 Abs. 1 BGB der Fall ist²¹⁸⁾, sondern, indem sie zu einer Umgestaltung führt, den ganzen Vertrag erfaßt. Auch insoweit besteht in Rechtsprechung und Literatur Einigkeit.²¹⁹⁾ Relevant wird das z.B. bei der endgültigen Wahl von Schadensersatz im Rahmen der §§ 325 Abs. 1, 326 Abs. 1 BGB.²²⁰⁾ Der Dritte hätte anderenfalls die Möglichkeit durch einseitige Erklärung in den Vertrag zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger einzugreifen,

Bei der Ausübung dieser Rechte, und auch das ist unumstritten, haben deshalb Promissar und Destinatär zusammenzuwirken. Denn auch dem Versprechensempfänger kann eine vom Willen des Dritten unabhängige Gestaltungsbefugnis nicht zugebilligt werden, da auch insoweit die einseitige Erklärung, die die Umwandlung zur Folge hat, gleichzeitig den Drittanspruch zum Erlöschen bringt oder doch zumindest verändert.²²¹⁾

218) Heinrich Lange, NJW 1965, 657, 633 spricht von einer "organischen Erweiterung des Erfüllungsanspruchs"; vgl. im übrigen die oben FN. 217 Genannten.

219) Vgl. Heinrich Lange, NJW 1965, 657, 661 m.w.N.; siehe auch RGZ 101, 275, 276 f.

220) Siehe hierzu etwa Soergel-R.Schmidt Rdnr. 4 zu § 328; Palandt-Heinrichs Anm. 2 zu § 335; Enneccerus-Lehmann S. 154 f., § 35, IV 1; vgl. auch Staudinger-Kaduk Vorbem. 24 zu §§ 328-335, der darauf hinweist, daß der Dritte nicht das Erfüllungsinteresse des Versprechensempfängers am gesamten gegenseitigen Vertrag (Deckungsverhältnis) geltend machen kann.

221) Vgl. z.B. BGB-RGRK-Wilde Anm. 2 zu § 335; Heinrich Lange, NJW 1965, 657, 661.

Der allein strittigen Frage nach den an dieses Zusammenwirken zu stellenden Anforderung, also danach, ob der Dritte mit Zustimmung des Promissars handeln kann²²²⁾ oder ob der Versprechensempfänger die Gestaltungserklärungen, wenn auch mit Einwilligung²²³⁾ des Destinatärs, abzugeben hat²²⁴⁾, soll hier nicht im einzelnen nachgegangen werden. Gegen die letztere Ansicht spricht jedoch grundsätzlich folgendes: Auch wenn sich aus dem Valutaverhältnis die Verpflichtung ergibt, die zur Umwandlung des Vertrages erforderlichen Erklärungen abzugeben, so bleibt doch die Rechtsstellung des geschädigten Dritten, wenn man die langwierige Durchsetzung dieses Anspruchs im Klageweg²²⁵⁾ einmal außer Betracht läßt, allein vom Willen des Promissars abhängig. Des weiteren steht dieser Konstruktion entgegen, daß sie nicht genügend die Stellung des Dritten als des an der Leistung eigentlich Interessierten berücksichtigt und daß der Versprechensempfänger in der Regel kein allzu großes Gewicht auf die Verfolgung der dem Dritten zugute kommenden Ansprüche legen wird.

Um diesen Gesichtspunkten gerecht zu werden, hat man die Beteiligung des Promissars auf die Zustimmungsbefugnis zu der grundsätzlich vom Dritten vorzunehmenden Umgestaltung zu beschränken.²²⁷⁾ Die eigentliche Entscheidungsmöglichkeit

222) Diese Ansicht vertritt entgegen der h.M. Heinrich Lange, NJW 1965, 657, 661, der - zumindest auch - dem Dritten die Gestaltungsbefugnis einräumen will.

223) Einwilligung deshalb, weil es sich um einseitige Rechtsgeschäfte handelt, vgl. § 182 Abs. 3 BGB und dazu Palandt-Heinrichs Anm. 2 zu § 182.

224) So die ganz h.M.; vgl. z.B. BGB-RGRK-Wilde Anm. 2 zu § 335; Erman-H.P. Westermann RdNr. 7 zu § 328; Staudinger-Kaduk Vorbem. 24 zu §§ 328-335; Enneccerus-Lehmann S. 154 f., § 35, IV 1; Fikentscher S. 152, § 37, III 2e; RGZ 101, 275, 276 f.

225) Vgl. dazu Heinrich Lange, NJW 1965, 657, 661, der auch auf nachteilige Folgen des Klagewegs hinweist.

226) Darauf weist Heinrich Lange, NJW 1965, 657, 661 hin.

227) Dem scheint sich auch Esser, Bd. 1, S. 394, § 53, II als Konsequenz der Zubilligung einer "mitbestimmenden Parteirolle" anzuschließen.

muß, um die Interessen der Beteiligten in ausreichendem Maße zu berücksichtigen, beim Dritten liegen. Nur bei der Durchsetzung der Rechte gegen den Promittenten, sie allein berührt den von ihm mit dem Versprechensempfänger zugunsten des Dritten geschlossenen Vertrag, ist der Promissar mitbestimmend zu beteiligen.

b) Ersatzansprüche aus positiver Forderungsverletzung

Abgesehen von den oben aufgezeigten gesetzlich geregelten Schadensersatzansprüche wegen Schlechterfüllung des zugewandten Anspruchs kann der Dritte auch dann auf vertraglicher Grundlage Ausgleich für eine bei ihm durch den Promittenten schuldhaft verursachte Beeinträchtigung verlangen, wenn sich diese als die Folge einer Verletzung von Neben- bzw. Sorgfaltspflichten oder einer sonstigen Schlechtleistung darstellt.²²⁸⁾ Ebenso wie bei den bisher behandelten Ansprüchen ist der geschädigte Destinatär, wobei es nicht auf eine eventuell darüber hinaus eingreifende, deliktische Haftung ankommt, auch hier unmittelbar betroffen. Der an seinen Rechtsgütern entstehende Schaden ist nicht als bloßer Reflex der gleichzeitig vorliegenden Störung des Deckungsverhältnisses, also fremder Vertragsrechte, sondern als nach der Systematik des Gesetzes ersatzfähige Auswirkung einer haftungsrechtlich relevanten Verletzung gerade gegen den Schädiger gerichteter obligatorischer Ansprüche anzusehen.

Die dem Dritten gegenüber bestehenden Neben- und Schutzpflichten finden ihre Grundlage in einem "vertragsähnlichen" Verhältnis, von dem angenommen wird, daß es neben dem eigentlichen Leistungsanspruch existiert;²²⁹⁾ denn dieser selbst begründet ja kein Vertragsverhältnis, auf

228) So etwa auch Staudinger-Kaduk Vorbem. 23 zu §§ 328-335; Esser, Bd. 1, S. 394, § 53, II; vgl. auch Heinrich Lange, NJW 1965, 657, 660, der das für den nach den gleichen Grundsätzen zu bestimmenden Anspruch des Versprechenden gegen den Dritten deutlich macht.

dem solche Pflichten beruhen können. Zwischen dem Versprechenden und dem Dritten werden durch den Vertrag zugunsten Dritter und damit durch die Einräumung eines die Hauptleistung betreffenden eigenen Forderungsrechts schuldrechtliche Beziehungen solcher Intensität geschaffen, daß eine Haftung allein nach deliktsrechtlichen Grundsätzen als nicht mehr ausreichend anzusehen ist.²³⁰⁾ Verletzt der Promittent eine sich aus diesem vertragsähnlichen Verhältnis ergebende Neben- oder Schutzpflicht, so haftet er wegen positiver Forderungsverletzung.

Dieselbe Anspruchsgrundlage greift aber auch dann ein, wenn für eine Beeinträchtigung Ausgleich verlangt wird, die durch eine zu vertretende Schlechterfüllung gerade des zugewandten Anspruchs verursacht ist und die nicht von den gesetzlich normierten Fällen der Schadensersatzpflicht bei Verzug bzw. Unmöglichkeit oder der Erbringung einer mangelhaften Leistung erfaßt wird. Verletzt ist dabei jedoch nicht eine dem "vertragsähnlichen" Verhältnis entspringende Pflicht, sondern das auf Erbringung der Hauptleistung gerichtete, durch den Vertrag zugunsten Dritter zugewandte Forderungsrecht.

Daß in diesen Fällen ein Schadensersatzanspruch des Dritten grundsätzlich entstehen kann, muß ebenso außer Zweifel stehen wie bei den gesetzlich geregelten Leistungstö-

229) Dieses Verhältnis wird heute allgemein angenommen; vgl. z.B. BGB-RGRK-Wilde Anm. 13 zu § 328; Soergel-R.Schmidt Rdnr. 11 vor § 328; Palandt-Heinrichs Einf. 2c vor § 328; Erman-H.P. Westermann Rdnr. 6 vor § 328; BGHZ 9, 316, 318; vgl. auch für den Fall eines Anspruchs des Promittenten gegen den Dritten RG JW 1913, 426, 427. BGHZ 24, 325, 327 - dort wird ebenfalls ein "vertragsähnliches Verhältnis" angenommen - betrifft einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte; zu diesem später.

230) So auch Heinrich Lange, NJW 1965, 657, 660.

runge²³¹⁾ Dabei hat man jedoch auch hier wiederum zu beachten, daß der Destinatär bei der Geltendmachung seiner Ansprüche nicht ohne Mitwirkung des Versprechensempfängers gestaltend in den das Deckungsverhältnis darstellenden Vertrag zwischen dem Promittenten und dem Promissar eingreifen darf.²³²⁾

231) So auch Staudinger-Kaduk Vorbem. 24 zu §§ 328-335.

232) Vgl. dazu Staudinger-Kaduk Vorbem. 24 zu §§ 328-335.

III. Die Geltendmachung eines koinzidierenden Haftungsinteresses; ihre Bedeutung für den Ausgleich von Drittwirkungsschäden

Die gesamte bisherige Darstellung - das gilt sowohl für die des Zwei- als auch für die des Mehrpersonenverhältnisses - befaßte sich mit solchen Ersatzforderungen, die, im Einklang mit der Systematik des Gesetzes, auf den Ausgleich unmittelbarer Beeinträchtigungen, auch wenn diese auf der Drittwirkung eines Schadensereignisses beruhten, gerichtet waren. Da jeweils der ursprüngliche Schädiger in Anspruch genommen werden konnte, ließen sie sich auch für das Mehrpersonenverhältnis mit den vom Gesetz aufgestellten oder in Entsprechung zu ihm gebildeten¹⁾, nur auf das Zweipersonenverhältnis bezogenen und auf die Leistung von Schadensersatz gerichteten Anspruchsgrundlagen erfassen, ohne daß besondere Grundsätze aufgestellt werden mußten oder durften.

Dieser Ausgangspunkt muß im folgenden verlassen werden. Alle im weiteren Verlauf zu erörternden Fallgestaltungen werden durch die notwendige Beteiligung eines Dritten gekennzeichnet.^{1a)} Eine sachgerechte Erfassung des Verhältnisses des Drittbetroffenen zu dem ursprünglichen Schädiger mit den vom Gesetz für das Zweipersonenverhältnis eröffneten Möglichkeiten, also ohne ausdrückliche Berücksichtigung des zwischengeschalteten Schadensereignisses, ist ausgeschlossen.

Der Anfang der nachfolgenden Erörterungen soll dabei mit der Darstellung eines zwischen dem Ausgleich unmittelbaren und mittelbaren Schadens einzuordnenden Ersatzweges gemacht werden. Erst im Anschluß daran kann auf im Einzelfall bestehende Ausgleichsmöglichkeiten für an sich grundsätzlich nicht zu ersetzende, mittelbare Schäden eingegangen werden.

1) So die Regeln über die positive Forderungsverletzung und die culpa in contrahendo.

1a) Schäden der im folgenden zu besprechenden Art können nur bei der Beteiligung von mehr als zwei Personen an dem schädigenden Vorgang auftreten.

A) Allgemeine Grundlagen

Der hier in Frage stehende Ausgleichsweg ist dadurch gekennzeichnet, daß mit Hilfe zweier ineinandergreifender Schadensersatzansprüche der Schaden eines Dritten auf den eigentlichen Verursacher abgewälzt wird. Der sekundär Geschädigte kann die bei ihm verursachten Beeinträchtigungen dem primär Verletzten gegenüber geltend machen. Dieser wiederum kann sich an den ursprünglichen Schädiger halten. Dabei vermag er nicht nur für die schon anfänglich bei ihm eingetretenen Schäden Ersatz zu verlangen; er ist vielmehr auch berechtigt, Ausgleich für die Nachteile, die durch eine schon erfolgte bzw. künftig zu erwartende Inanspruchnahme seitens des Dritten entstehen können, somit das koinzidierende Haftungsinteresse zu fordern.²⁾ Auch diese stellen sich als ersatzfähige Schäden dar. Das hat zur Folge, daß der Erstschädiger den gesamten, auf sein Fehlverhalten zurückzuführenden Schaden zu ersetzen hat. Zur Veranschaulichung ein Beispiel: Schädigt der A den B und der B deshalb den C³⁾, so kann C, wenn B schuldhaft gehandelt hat, von diesem Ersatz verlangen; darüber hinaus kann B den A, sollten hier ebenfalls die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch vorliegen, auf Ausgleich sowohl des direkt bei ihm verursachten Schadens als auch der Einbußen, die er durch die Befriedigung des C erlitten hat, in Anspruch nehmen.

Besondere Bedeutung erlangt die mit der Geltendmachung des koinzidierenden Haftungsinteresses verbundene Ersatzmöglichkeit dann, wenn der Dritte nur mittelbar Geschädigter ist, er somit gegen den Erstschädiger keinen eigenen Schadensersatzanspruch hat.^{3a)} Sein Schaden wird dennoch, wenn auch auf dem Umweg über den erstgeschädigten Ersatzberechtigten, vom Schädiger ausgeglichen.

2) Vgl. zu dieser Ausgangslage: Staudinger-Werner Vorbem. 80 zu §§ 249-255; Blomeyer S. 199 f., § 33, IV; Eike Schmidt S. 609; Wahl S. 211; Marschall v. Bieberstein S. 286; Hagen S. 10; v. Tuhr, GrünhutsZ 25, 529, 537 f.; Kluckhohn, AcP 111, 394, 410 f.; v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 248, 269; vgl. auch oben in diesem Abschnitt, I A (b), S. 40.

3) Etwa wenn A den B und daher B den C verspätet beliefert.
3a) Das betont auch Eike Schmidt S. 609.

Eine Verletzung des Dogmas vom Gläubigerinteresse oder des Enumerationsprinzips (der Dritte ist nicht Vertragspartner des endgültig Ersatzverpflichteten; im Falle einer bloßen Vermögenseinbuße ist weder ein deliktisch geschütztes Rechtsgut noch in der Regel ein Schutzgesetz verletzt) kann darin nicht gesehen werden. Die zu ersetzenden Schäden des Dritten stellen sich dem ihm allein ersatzpflichtigen Erstverletzten gegenüber als haftungsrechtlich relevante, unmittelbare Beeinträchtigungen dar.⁴⁾ Der den Schädiger in Anspruch nehmende Ersatzberechtigte macht, auch wenn er den ursprünglich beim Dritten entstandenen Schaden liquidiert, eigenes und nicht fremdes Interesse geltend.⁵⁾ Da sich der Schaden des Dritten, bedingt durch die vom Ersatzberechtigten zu erfüllende Ersatzverpflichtung, auf diesen umgesetzt hat, vereinigen sich die gesamten vom Schädiger verursachten Beeinträchtigungen in seiner Person zu einem Gesamtinteresse.⁶⁾

In diesem Zusammenhang darf jedoch nicht übersehen werden, daß die für den Ersatzberechtigten bestehende Möglichkeit, als unmittelbar Geschädigter das Dritthaftungsinteresse dem Schädiger gegenüber geltend zu machen, auch dann Bedeutung zu erlangen vermag, wenn sowohl er als auch der Dritte dem Erstverletzer gegenüber als unmittelbar Geschädigte anzusehen sind.⁷⁾ Das wird vor allem dann der Fall sein, wenn der Schädiger als sein Erfüllungs- bzw. Verrichtungsgehilfe, vgl. §§ 278, 831 BGB, anzusehen ist, wobei aber bei § 831 BGB die Haftung nicht als Folge eines erbrachten Entlastungsbeweises ausgeschlossen sein darf.⁸⁾ Im Unterschied zu den oben angesprochenen Fallgestaltungen

4) Vgl. auch hierzu Eike Schmidt S. 609.

5) So auch Staudinger-Werner Vorbem. 90 zu §§ 249-255; Fischer S. 82; Marschall v. Bieberstein S. 286; Kluckhohn, AcP 111, 394, 410.

6) Staudinger-Werner Vorbem. 90 zu §§ 249-255 weist darauf hin, daß in Wahrheit nur ein Schaden und nur ein Geschädigter vorhanden sind. Das Koinzidenzinteresse stellt sich dabei als ein Rechnungsposten im Rahmen des Gesamtinteresses dar.

7) So auch Hagen S. 10 und v. Thur, GrünhutsZ 25, 529, 538.

8) Vgl. dazu v. Tuhr, GrünhutsZ 25, 529, 538.

steht hier, soweit sich der Schaden des Dritten auf ihn umgesetzt hat, sein Drittbetroffensein im Vordergrund. Gegen den Schädiger kann er das Gesamtinteresse auf der Grundlage des die Gehilfenstellung erzeugenden Rechtsverhältnisses geltend machen.

In diesen Gehilfenfällen ist ebenso wie bei den darüber hinaus darzustellenden, durch die Ersatzfähigkeit des koinzidierenden Haftungsinteresses eröffneten Ausgleichsmöglichkeiten auf folgendes zu achten: Der Erstschädiger muß, soll er erfolgreich in Anspruch genommen werden können, die Belastung des Ersatzberechtigten mit Schadensersatzverpflichtungen, ebenso wie das bei den sonstigen einen Schaden darstellenden Leistungspflichten einem Dritten gegenüber⁹⁾ anzunehmen ist, zurechenbar verursacht haben.¹⁰⁾ Er muß also z.B. schuldhaft eine vertragliche Haupt- oder Nebenpflicht verletzt haben, die gerade einen derartigen Schadenseintritt zu verhindern bestimmt war.

B) Die Geltendmachung eines koinzidierenden Haftungsinteresses beim Weiterwirken von Leistungsstörungen

Als Hauptanwendungsfall einer Abwälzung eines regelmäßig mittelbaren Schadens auf einen ursprünglichen Schädiger, die durch die Geltendmachung eines koinzidierenden Haftungsinteresses ermöglicht wird, hat sich das Ersatzverlangen des Erstverletzten beim Weiterwirken von Leistungsstörungen herausgestellt.¹¹⁾ Hat dieser Erstverletzte nämlich den Schaden des Dritten zu vertreten, so kann er ihn unter der Voraussetzung, daß auch der Schädiger ihm gegenüber eine Leistungsstörung zu vertreten hat, auf diesen abwälzen.

9) Vgl. Marschall v. Bieberstein S. 286; im übrigen wird der Frage, wann sich eine z.B. vertragliche Leistung als Schaden darstellt, in einem späteren Zusammenhang ausführlich nachzugehen sein.

10) So ausdrücklich Staudinger-Werner Vorbem. 90 zu §§ 249-255.

11) Das machen auch Blomeyer S. 199, § 33, IV und v. Tuhr, GrünhutsZ 25, 529, 537 deutlich, wenn sie jeweils solche Fallgestaltungen als Beispiele heranziehen; ausdrücklich auch Marschall v. Bieberstein S. 287.

Besondere Bedeutung kommt dabei Unmöglichkeit und Verzug bei der Gattungsschuld zu; diese Leistungsstörungen haben sowohl der Ersatzberechtigte als auch der Schädiger nach § 279 BGB grundsätzlich zu vertreten.¹²⁾ Verzögert z.B. der Warenlieferant A infolge eines auch nur vorübergehenden Geldmangels¹³⁾ die Auslieferung an den Zwischenhändler B, so kann einerseits der ebenfalls verspätet belieferte Endverbraucher C seinen Schaden von B, sofern sich dieser nicht Selbstbelieferung vorbehalten hat¹⁴⁾, nach § 286 Abs. 1 BGB ersetzt verlangen; denn auch jener hat bei der Gattungsschuld die Verzögerung in der Regel zu vertreten. Andererseits vermag aber auch der dergestalt Inanspruchgenommene sein Gesamtinteresse wiederum beim Erstschädiger zu liquidieren. Ein Verschulden im eigentlichen Sinne braucht dabei jeweils nicht nachgewiesen zu werden.¹⁵⁾

Die Frage nach der subjektiven Vorwerfbarkeit erlangt allein dort Bedeutung, wo eine Abweichung von dem in § 275 BGB niedergelegten Grundsatz des Freiwerdens von der Leistungspflicht festgestellt werden muß,¹⁶⁾ ohne daß § 279 BGB eingreifen würde. Denn nur dann, wenn im Verhältnis zwischen Ersatzberechtigtem und Drittem eine, wenn auch sekundäre Leistungspflicht¹⁷⁾ bestehen bleibt, wenn also der Erstverletzte zum Schadensersatz verpflichtet ist, kann überhaupt ein koinzidierendes Haftungsinteresse angenommen werden, das dann unter Umständen vom Schädiger auszugleichen ist.

Ob und inwieweit es dabei der privatautonomen Vertragsgestaltung durch die Parteien überlassen bleiben kann, neben

12) Siehe dazu auch Eike Schmidt S. 609, der die Rechtslage bei Unmöglichkeit darstellt.

13) Vgl. Palandt-Heinrichs Anm. 1 zu § 285.

14) Siehe zu dieser Klausel, die den § 279 BGB entfallen läßt, Staudinger-Werner Rdnr. 14 zu § 279.

15) Zur grundsätzlichen Bedeutung des § 279 BGB vgl. etwa Palandt-Heinrichs Anm. 1 zu § 279.

16) Vgl. dazu Marschall v. Bieberstein S. 185.

17) Zum Charakter der Schadensersatzpflicht als sekundärer Leistungspflicht vgl. Larenz, Bd. I, S. 7, § 2, I.

den sich aus dem Gesetz ergebenden Möglichkeiten, einen Drittschadensausgleich dadurch stattfinden zu lassen, daß ein koinzidierendes Haftungsinteresse geltend gemacht wird, weitere Anwendungsfälle dieser Rechtsfigur zu schaffen, wird im weiteren Verlauf der Arbeit darzulegen sein.

c) Die an die Beziehungen zwischen den Beteiligten zu stellenden rechtlichen Anforderungen

Nachdem oben jedoch nur auf das Weiterwirken von Leistungsstörungen und damit auf zwischen den Beteiligten bestehende vertragliche Beziehungen abgestellt wurde, ist zuvor allgemein zu klären, welchen Anforderungen rechtlicher Art die Verhältnisse zwischen Drittem, Ersatzberechtigtem und Schädiger genügen müssen, um wirksam ein Koinzidenzinteresse geltend machen zu können.

1. Das Verhältnis des Ersatzberechtigten zum Dritten

Obwohl dieses Verhältnis in vielen Fällen durch eine obligatorische Bindung geprägt ist, kann diese doch nicht als notwendige rechtliche Voraussetzung für die Entstehung eines Koinzidenzinteresses beim Ersatzberechtigten angesehen werden. Das verdeutlicht sich insbesondere bei einer Betrachtung der deliktischen Haftung für einen Verrichtungsgehilfen.¹⁸⁾ Denn auch wenn Geschäftsherr und Gehilfe bei einer Schadensersatzpflicht jeweils nach den §§ 823 ff. BGB im Außenverhältnis nach § 840 Abs. 1 BGB als Gesamtschuldner haften, so kann doch der Inanspruchgenommene von dem Schädiger wegen schuldhafter Verletzung z.B. des Arbeitsvertrages¹⁹⁾,

18) Darauf scheint auch schon v. Tuhr, GrünhutsZ 25, 529, 538 hinweisen zu wollen. Nach seiner Terminologie handelt es sich, da der Ersatzberechtigte für das Verhalten des Gehilfen nur bei eigenem, zumindest vermutetem Verschulden einzustehen hat, um ein relatives Haftungsinteresse.

19) Dabei ist jedoch zu beachten, daß nicht jede schuldhaftige Schädigung im Außenverhältnis auch zugleich vorwerfbar im Innenverhältnis ist; vgl. Erman-Küchenhoff Rdnr. 165 zu § 611.

gegebenenfalls auch aus § 826 BGB, grundsätzlich Ausgleich verlangen, insoweit also ein Koinzidenzinteresse geltend machen. Auf die hiermit zusammenhängenden Fragen wird im übrigen unter 2. ausführlich zurückzukommen sein.

2. Das Verhältnis des Ersatzberechtigten zum Schädiger

a) Der Grundsatz

Daß es für den Ersatz des Koinzidenzinteresses ohne Bedeutung ist, ob zwischen dem Schädiger und dem Erstverletzten das Vorliegen eines Vertrages festgestellt werden kann²⁰⁾, ist allgemein anerkannt.²¹⁾ Denn auch einem deliktischen Schädiger gegenüber kann sich das Belastetsein mit Schadenersatzansprüchen eines Dritten als ersatzfähiger Schaden darstellen. Insoweit ergeben sich keine Probleme.

Erörterung verdient dagegen die oben schon angedeutete Fallgestaltung, die dadurch gekennzeichnet ist, daß ein Geschäftsherr, also insbesondere ein Arbeitgeber, der wegen eines Fehlverhaltens seines Verrichtungsgehilfen, in den meisten Fällen also eines Arbeitnehmers, auf Schadenersatz in Anspruch genommen wurde, von diesem auf vertraglicher Grundlage Ausgleich eines koinzidierenden Haftungsinteresses verlangt.

b) Deliktische Gehilfenhaftung und Ersatz eines koinzidierenden Haftungsinteresses

Die Ausgangslage stellt sich wie folgt dar: Der schuldhaft handelnde Verrichtungsgehilfe, der die deliktisch geschützten Rechtsgüter des Dritten verletzt hat, also z.B. als Hausmeister eine Sache des Mieters vorwerfbar beschädigt hat, haftet diesem nach den §§ 823 ff. BGB. Der Geschäftsherr, also der Vermieter, der vom Dritten in Anspruch genommen wurde, verlangt vom Gehilfen auf der Grundlage einer gleichzeitig

20) Hierauf hat v. Tuhr, GrünhutsZ 25, 529, 537 ff. seine grundlegende Untersuchung beschränkt.

21) So z.B. schon Fischer S. 82.

verwirklichten Verletzung des Vertrages, auf dem die Gehilfenschaft basiert, Ersatz des koinzidierenden Haftungsinteresses, also des Schadens des Dritten, der sich auf seine Rechtssphäre umgesetzt hat.

Dieser vertragliche Ausgleichsanspruch ist nicht durch die gesetzlichen Regelungen des Gesamtschuldinnenverhältnisses ausgeschlossen; vielmehr decken sich, wie zu zeigen sein wird, die insoweit bestehenden Ansprüche mit den vertraglichen. Insgesamt hat man dabei nach drei Gesichtspunkten zu differenzieren:

aa) Die Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 BGB

Ist der Gehilfe selbst aus § 823 BGB, der den Dritten befriedigende Geschäftsherr aber nur aus § 831 BGB zum Ersatz verpflichtet, so haften zwar beide nach außen hin nach § 840 Abs. 1 BGB als Gesamtschuldner; beim internen Ausgleich trägt jedoch der schuldhaft Handelnde im Verhältnis zu dem nur aus vermutetem Verschulden Haftenden – bei auch insoweit nachgewiesenem Verschulden wird sich die Lage anders darstellen – den Schaden nach § 840 Abs. 2 BGB allein.²²⁾ Die Vorschrift des § 840 Abs. 2 BGB stellt dabei eine anderweitige Bestimmung im Sinne des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB dar.²³⁾

Beim Ausgleich des Innenverhältnisses auf der Grundlage eines vertraglichen Schadensersatzanspruchs z.B. wegen Verletzung des Anstellungsvertrages ergibt sich diese Pflicht, den Schaden des Geschäftsherrn in vollem Umfange abzudecken, aus folgendem: Der auf Ersatz des koinzidierenden Haftungsinteresses in Anspruch genommene Gehilfe kann nicht allein unter Berufung auf das vermutete Verschulden des anderen Schuldners, das zwar einen Anspruch des Dritten zu begründen vermochte, den gegen ihn gerichteten

22) Vgl. allgemein zu dieser Bedeutung des § 840 Abs. 2 BGB Staudinger-Schäfer Rdnr. 92 zu § 840; Soergel-Zeuner Rdnr. 15 zu § 840; Palandt-Thomas Anm. 3 B a zu § 840; siehe auch schon RGZ 71, 7, 8.

23) Siehe etwa Erman-Drees Rdnr. 7 zu § 840 oder Larenz, Bd. II, S. 511, § 74, II.

vertraglichen Schadensersatzanspruch nach § 254 Abs. 1 BGB auch nicht teilweise zum Wegfall bringen.²⁴⁾ Im Rahmen der Einwendung²⁵⁾ des Mitverschuldens muß der Inanspruchgenommene die Tatsachen, die eine Haftungseinschränkung begründen sollen, behaupten und im Bestreitensfalle beweisen.²⁶⁾ Dazu gehört in erster Linie auch die verschuldete Mitverursachung²⁷⁾ des Schadens, den der Ersatzberechtigte geltend macht, hier also des Belastetseins mit Schadensersatzansprüchen des Dritten. Eine Anwendung des § 282 BGB scheidet aus.²⁸⁾

bb) Die Haftung des Geschäftsherrn aus § 823 BGB

Eine andere ersatzrechtliche Lage ergibt sich dagegen, wenn sowohl Erst- als auch Zweitschädiger nachgewiesenermaßen den Schaden des Dritten schuldhaft verursacht haben, somit also beide nach den allgemeinen Deliktsgrundsätzen zum Schadensersatz verpflichtet sind. Nach § 840 Abs. 1 BGB haften sie als Gesamtschuldner. Da § 840 Abs. 2 BGB nicht anwendbar ist, richtet sich der Ausgleich im Innenverhältnis nach den §§ 840 Abs. 1, 426 Abs. 1, 254 Abs. 1 BGB. § 254 Abs. 1 BGB stellt sich dabei als eine anderweitige Regelung im Sinne des § 426 Abs. 1 BGB dar.²⁹⁾ Dadurch, daß der Er-

-
- 24) Vgl. dazu, daß § 254 BGB nicht erst die Höhe, sondern schon den Grund des Ersatzanspruchs berührt, z.B. Erman-Sirp Rdnr. 2 zu § 254; Esser, Bd. 1, S. 326, § 47, I 1.
- 25) Zum Einwendungsscharakter und damit zur Prüfung des § 254 BGB von Amts wegen vgl. z.B. Soergel-R.Schmidt Rdnr. 74 zu § 254; Staudinger-Werner Rdnr. 74 zu § 254; Ennecerus-Lehmann S. 81, § 16, V; BAG NJW 1971, 957, 959; einschränkend RG Recht 1926 Nr. 404; a.A. BGB-RGRK-Nastelski Anm. 116 zu § 254, der eine Amtsprüfung ganz ablehnt.
- 26) Siehe zu dieser Beweislastverteilung z.B. Staudinger-Werner Rdnr. 75 zu § 254; Soergel-R.Schmidt Rdnr. 74 zu § 254; Erman-Sirp Rdnr. 50 zu § 254; OLG Frankfurt MDR 1965, 481.
- 27) Vgl. zu diesem Begriffsinhalt des Mitverschuldens etwa Larenz, Bd. I, S. 369, § 31, I a.
- 28) So Soergel-R.Schmidt Rdnr. 73 zu § 254 und Rdnr. 3 zu § 282; Palandt-Heinrichs Anm. 7 zu § 254; BGHZ 46, 260, 276 f.
- 29) Siehe zu dieser entsprechenden Anwendung des § 254 Abs. 1

satzberechtigte den Schaden des Dritten schuldhaft mitverursacht hat, ist ihm auch die Inanspruchnahme durch den Dritten als ein Verstoß gegen seine eigenen Belange³⁰⁾ vorwerfbar. Er kann gegen den Schädiger nur einen nach § 254 Abs. 1 BGB zu ermittelnden Anteil seiner Belastungen als Koinzidenzinteresse geltend machen.

Für den Ausgleichsanspruch des Geschäftsherrn gegen den Verrichtungsgehilfen kann die Tatsache, daß ihm ein Auswahl- oder Überwachungsverschulden zur Last fällt, von besonderer Bedeutung sein. Denn auch insoweit haftet der Ersatzberechtigte dem Dritten nach den allgemeinen Verschuldenstatbeständen.³¹⁾ Der damit gleichzeitig vorliegende Verstoß gegen die eigenen Belange muß im Rahmen der beiderseitigen Verschuldensabwägung Berücksichtigung finden.

Der Frage, wann trotz Zurechenbarkeit des Schadenseintritts beim Dritten und in dessen Folge beim Ersatzberechtigten, also trotz adäquater Verursachung und Verstoßes gegen den Schutzzweck der Auswahlpflicht³²⁾, die verschuldete Mit-

BGB im Rahmen des § 426 Abs. 1 BGB, obwohl es sich bei dem Gesamtschuldausgleichsanspruch nicht um einen Schadensersatzanspruch handelt, z.B. Palandt-Heinrichs Anm. 3b zu § 426; Erman-H.P.Westermann Rdnr. 13 zu § 426; Esser, Bd. 1, S. 440 f., § 59, I 2d; Larenz, Bd. I, S. 441, § 37, III; BGHZ 12, 213, 220; 17, 214, 222; 26, 217, 222; 43, 227, 231; 51, 275, 279; 59, 97, 103.

30) Vgl. dazu, was im einzelnen unter Verschulden i.S.d. § 254 Abs. 1 BGB zu verstehen ist, einerseits Staudinger-Werner Rdnr. 27 ff. zu § 254, der echtes Verschulden im Rechtssinne annimmt, und andererseits Soergel-R.Schmidt Rdnr. 14 zu § 254, der mit der h.M., vgl. z. B. auch Larenz, Bd. I, S. 369, § 31, Ia, die Verletzung einer Rechtspflicht leugnet, weil eine solche nicht bestehe, und nur von einer Obliegenheitsverletzung spricht.

31) So z.B. ausdrücklich auch Erman-Drees Rdnr. 1 zu § 831.

32) Vgl. zu diesen Voraussetzungen Palandt-Heinrichs Anm. 3a cc zu § 254.

verursachung dem Gehilfen und damit eigentlichen Schädiger einmal aus Billigkeitserwägungen - diese dürfen hier herangezogen werden, da es sich bei § 254 BGB um eine gesetzlich fixierte Ausprägung des § 242 BGB handelt³³⁾ - nicht zugute kommen darf, kann hier nicht weiter nachgegangen werden. Ein solcher Ausschuß wird sich jedoch auf Einzelfälle zu beschränken haben.³⁴⁾

Man hat darüber hinaus darauf zu achten, daß dann, wenn die schädigende Handlung des Gehilfen gelegentlich der Verrichtung erfolgt³⁵⁾, schon die Ursächlichkeit der mangelhaften Auswahl für den Schaden entfällt.

Nicht herangezogen werden darf in diesem Zusammenhang der Gedanke der Gleich- bzw. Ungleichstufigkeit der Verpflichtungen. Er kann, wie zu zeigen sein wird, nur dort Bedeutung erlangen, wo es um die Feststellung geht, ob überhaupt ein Gesamtschuldverhältnis entstanden ist; nicht tauglich ist er für die Beantwortung der Frage nach der billigen Gestaltung des Ausgleichs sowohl bei der direkten Anwendung des § 254 BGB als auch bei seiner entsprechenden Berücksichtigung im Rahmen eines kraft gesetzlicher Anordnung vorgegebenen Gesamtschuldverhältnisses.³⁶⁾

33) Darauf weisen u.a. hin: Palandt-Heinrichs Anm. 1a zu § 254; Soergel-R.Schmidt Rdnr. 13 zu § 254; Soergel-Siebert-Knopp Rdnr. 239 zu § 242; BGHZ 34, 335, 363 ff.; BGH NJW 1972, 334, 335. Die Geltendmachung eines vollen Ersatzanspruchs trotz Mitverschuldens verstößt gegen das Verbot des venire contra factum proprium. Allgemein zu Billigkeitserwägungen im Rahmen des § 254 BGB Staudinger-Werner Rdnr. 1 zu § 254.

34) So kann sich die Berücksichtigung eines Mitverschuldens dann als unbillig erweisen, wenn die Drittschädigung, für die der Arbeitgeber einzustehen hat, gleichzeitig als vorsätzliche Verletzung des Arbeitsvertrages anzusehen ist.

35) Vgl. hierzu allgemein Palandt-Thomas Anm. 4 zu § 831.

36) Siehe dazu noch im weiteren Verlauf der Darstellung; vgl. schon hier Soergel-R.Schmidt Rdnr. 9 zu § 421 oder aber Selb, Studie, S. 20.

Auch bei diesen, von dem Gehilfen und dem Geschäftsherrn verschuldeten Schäden des Dritten ergibt sich wiederum ein dem Gesamtschuldnerausgleich kongruenter vertraglicher Anspruch des Ersatzberechtigten gegen den Schädiger. Ein nachweisbares Mitverschulden z.B. des Arbeitgebers ist auch bei der Verfolgung dieser Ausgleichsberechtigung, die alle Vor- und Nachteile eines eigenen und vertraglichen Anspruchs mit sich bringt, zu berücksichtigen. Für die Anwendung des § 254 BGB auf die vertragliche Ausgleichsberechtigung gelten die gleichen Grundsätze wie für die im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleichs nach § 426 BGB, also für die Festlegung der Höhe des nach § 426 Abs. 1 BGB entstehenden Ausgleichsanspruchs oder für die Ermittlung des davon abhängigen Umfangs der nach § 426 Abs. 2 BGB übergingenen Forderung³⁷⁾.

cc) Die Bedeutung der bei der Vornahme schadensgeneigter Arbeiten geltenden Grundsätze für den Ersatz des Koinzidenzinteresses

Eine Sonderproblematik bei der Feststellung des gesetzlichen wie des vertraglichen Ausgleichsanspruchs ergibt sich dann, wenn der vom Geschäftsherrn Inanspruchgenommene mit der Ausführung schadens- bzw. gefahrgeneigter Arbeiten³⁸⁾ betraut war und gerade dabei den Dritten geschädigt hat. Dem schädigenden Arbeitnehmer steht, wenn er vom Geschädigten in Anspruch genommen wird, ein nach dem Grad seines Verschuldens der Höhe nach variierender Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber zu.³⁹⁾ Desgleichen hat der Arbeitgeber,

37) Zu den Unterschieden zwischen diesen beiden Ausgleichswegen vgl. z.B. Medicus S. 385 f., § 35, I 1a, b.

38) Vgl. allgemein zu diesem Rechtsinstitut: Erman-Küchenhoff Rdnr. 155 ff. zu § 611; Soergel-Wlotzke-Volze Rdnr. 67 ff. zu § 611; Palandt-Putzo Anm. 14 b zu § 611, jeweils mit ausführlichen Rechtsprechungsnachweisen; Larenz, Bd. II, S. 210 ff., § 52, II d; Esser, Bd. 2, S. 158 f., § 78, II 1c; Fikentscher S. 466 f., § 79, II 2c; auf die dogmatischen Grundlagen dieser gewohnheitsrechtlichen, vgl. Larenz, Bd. II, S. 211, § 52, II d, Regelungen kann hier nicht näher eingegangen werden.

39) Siehe dazu Larenz, Bd. II, S. 213, § 52, II d; Soergel-Wlotzke-Volze Rdnr. 70 zu § 611; BAG-GS-AP Nr. 4 zu

nimmt er den ihn schädigenden Arbeitnehmer in Anspruch, gegen diesen nur die um die Freistellungsquote gekürzte Ersatzforderung;⁴⁰⁾ darauf, daß der Schaden auch im Belastetsein mit Schadenersatzansprüchen Dritter bestehen kann, wurde wiederholt hingewiesen.

Macht also der an sich ersatzberechtigte Geschäftsherr in den Fällen gefahrgeneigter Arbeit seinen vertraglichen Anspruch auf Ersatz des Koinzidenzinteresses geltend, so ergibt sich, daß er auch hier nur teilweisen Ausgleich verlangen kann. Dies gilt unabhängig davon, ob ihn ein Mitverschulden an dem Schaden trifft. Liegt aber über die aus der Gefahrgeneigtheit folgende Anspruchsminderung hinaus auch ein Mitverschulden im Sinne des § 254 BGB vor, so ist auch dieses, und zwar kumulativ, zu berücksichtigen;⁴¹⁾ insoweit gelten die allgemeinen, oben aufgezeigten Grundsätze.

Da sowohl im Rahmen der Mitverschuldensprüfung als auch bei der Anwendung der Grundsätze über den innerbetrieblichen Schadensausgleich die Frage nach einer billigen Schadensverteilung⁴²⁾ im Vordergrund steht, kann man diese Gesichtspunkte zu einer einheitlichen Prüfung nach § 254 BGB zusammenziehen.⁴³⁾ Damit ist jedoch nicht die Feststellung verbunden, daß die Haftungseinschränkung bei gefahrgeneigter Arbeit gerade auf § 254 BGB beruht.⁴⁴⁾ Man kann ebenso eine Begründung aus der Fürsorgepflicht⁴⁵⁾ oder aus dem Sphärengedanken⁴⁶⁾ annehmen, ohne dabei die Be-

§§ 898, 899 RVO; BAG AP Nr. 9, 14, 23, 25, 26 zu § 611 Haftung des Arbeitnehmers; BAG 7, 290, 295 f.; 14, 226, 227; BGHZ 41, 203, 204 f.

40) Vgl. auch Erman-Küchenhoff Rdnr. 166 zu § 611; BAG NJW 1968, 1798, 1799.

41) So auch Soergel-Wlotzke-Volze Rdnr. 71 zu § 611.

42) Vgl. dazu Soergel-Wlotzke-Volze Rdnr. 69 zu § 611; eine Veränderung des Haftungstatbestandes wird damit nicht vorgenommen. Dazu würde aber z.B. die von Rother S. 266 ff. vertretene "Relativierung der Rechtswidrigkeit oder Fahrlässigkeit" führen, vgl. Larenz, Bd. II, S. 212, § 52, II d, der auf die Eigenart als Zurechnungsfrage hinweist.

43) Dasscheint auch Palandt-Putzo Anm. 14 b dd zu § 611 anzunehmen; vgl. auch BAG NJW 1971, 957, 959.

rücksichtigung der gefundenen Grundsätze von der Prüfung eines Mitverschuldens im eigentlichen Sinne ausdrücklich trennen zu müssen.

Wie sich bei der Erörterung des Gesamtschuldverhältnisses ergeben hat, ist § 254 BGB nicht nur zur Begrenzung eines eigentlichen Schadensersatzanspruchs heranzuziehen, sondern gibt als Ausprägung des § 242 BGB auch die Regeln zur billigen Verteilung anderweitiger durch ein schädigendes Ereignis entstandener Belastungen an die Hand.⁴⁷⁾ Da nach richtiger Auffassung⁴⁸⁾ das Verschulden im Sinne des § 254 BGB auch kein Verschulden im rechtstechnischen Sinne darstellt, vielmehr als Obliegenheitsverletzung anzusehen ist, ist die Ähnlichkeit zu der Ausgangslage bei gefahrgeneigter Arbeit, die als wissentliche Betrauung mit risikobehafteten Tätigkeiten gekennzeichnet werden kann, so weitgehend, daß eine getrennte Prüfung überflüssig erscheint.⁴⁹⁾

Darüber hinaus wird man sagen können, daß der Arbeitgeber, der in seinem eigenen Interesse den Arbeitnehmer zu gefahrgeneigter Arbeit heranzieht, gegen das Verbot des venire contra factum proprium⁵⁰⁾ verstößt, wenn er, sollte

44) Vgl. Dersch, RdA 1951, 79, der allein in der Übertragung der gefährlichen Arbeit die Begründung einer Mitverantwortlichkeit sieht; dagegen Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann Rdnr. 148 zu § 611, die jedoch auf die Gleichheit im Ergebnis hinweisen.

45) So die h.M.; vgl. z.B. BGHZ 16, 111, 116 oder BAG AP Nr.16 zu § 611 Haftung des Arbeitnehmers.

46) So Soergel-Wlotzke-Volze Rdnr. 68 zu § 611.

47) Vgl. dazu z.B. Palandt-Heinrichs Anm. 2b zu § 254.

48) Vgl. schon oben FN. 30.

49) Siehe zu einer solchen Gesamtbetrachtung BAG AP Nr. 55, 58 zu § 611 Haftung des Arbeitnehmers.

50) Sieh dazu allgemein Soergel-Siebert-Knopp Rdnr. 228 ff. zu § 242.

sich die Gefahr infolge leichter oder normaler Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers verwirklichen, vollen Schadensersatz verlangt bzw. den Schädiger nicht - zumindest teilweise - von Schadensersatzansprüchen freistellt.⁵¹⁾ Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Gefahr, etwa durch Zahlung einer Risiko-
prämie, auf den Arbeitnehmer abgewälzt ist. Weitgehende
Rechtsähnlichkeit zur Berücksichtigung des Mitverschuldens
ist also auch insoweit gegeben.

Auch bei der gefahrgeneigten Arbeit entspricht der im Innen-
verhältnis stattfindende Gesamtschuldausgleich dem Umfange
nach der auf Grund einer Vertragsverletzung möglichen In-
anspruchnahme. Bei einer Haftung des Arbeitgebers gegen-
über dem geschädigten Dritten allein nach § 831 BGB gilt
§ 840 Abs. 2 BGB nicht. Die Grundsätze über die Anspruchs-
minderung bei Schadensgeneigtheit gehen ihm als Sondervor-
schriften vor.⁵²⁾ Es greift aber auch nicht der Regelfall
des § 426 Abs. 1 BGB ein. Eine Schadenstragung zu gleichen
Anteilen würde als zu undifferenziert den Zielen der Lehre
von der schadensgeneigten Arbeit widersprechen. Vielmehr
sind die für den innerbetrieblichen Schadensausgleich
geltenden Kriterien als "anderweitige Bestimmungen" im
Sinne des § 426 Abs. 1 BGB heranzuziehen.⁵³⁾

Entsprechendes gilt bei nachgewiesen schuldhaftem Handeln
des Arbeitgebers. Als anderweitige Bestimmungen sind dann

51) Auf dieses Verhältnis von Nutzen und Gefahrtragungsp-
flicht weisen hin: BGB-RGRK-Denecke Anm. 17 vor §
611; BAG 5, 1, 8; dieser Gedanke scheint auch für die
Sphärentheorie von Soergel-Wlotzke-Volze Rdnr. 68 zu
§ 611 maßgebend zu sein.

52) Das ist allgemeine Ansicht: Palandt-Thomas Anm. 3 Bb
zu § 840; Staudinger-Schäfer Rdnr. 95 zu § 840.

53) Die in § 426 Abs. 1 BGB enthaltene Festlegung gleicher
Anteile erlangt nur dann Bedeutung, wenn das Innenver-
hältnis keine andere Aufteilung rechtfertigt, vgl.
BGH NJW 1963, 2067, 2068. Eine andere Aufteilung ist
hier aber sogar erforderlich; siehe auch Larenz, Bd.
II, S. 213, § 52, II d.

aber nicht nur die Regelungen über die Schadensteilung bei gefahrgeneigter Arbeit, sondern auch die Mitverschuldensgrundsätze des § 254 BGB zu berücksichtigen. Auch hier wird man im Rahmen der für § 426 Abs. 1 bzw. Abs. 2 BGB relevanten Quotenfestlegung diese beiden Gesichtspunkte zu einer einheitlichen Bemessungsgrundlage zusammenzufassen haben.

c) Vertragliche Gehilfenhaftung und Ersatz eines koinzidierenden Haftungsinteresses

Leistet der Geschäftsherr, dessen Erfüllungsgehilfe einen Dritten geschädigt hat und der dafür nach § 278 BGB ohne die Möglichkeit eines Entlastungsbeweis einzustehen hat, seinem Vertragspartner Ersatz, so gelten insoweit, als er auf der Grundlage des die Gehilfenschaft begründenden Rechtsverhältnisses Ausgleich seines auf Umsetzung beruhenden Schadens verlangt, die gleichen Regeln wie bei der oben dargestellten deliktischen Gehilfenhaftung. Weder bei der Berücksichtigung eines Mitverschuldens noch bei der Anwendung der Regeln über die Schadensaufteilung bei gefahrgeneigter Arbeit ergeben sich Unterschiede.

Bezüglich eines Gesamtschuldausgleichs ist jedoch zu beachten, daß § 840 Abs. 1 BGB dann nicht direkt anwendbar ist, wenn einer der beiden Ersatzpflichtigen nur aus Vertrag haftet, wenn also z.B. dem Geschäftsherrn der eine deliktische Haftung nach § 831 BGB ausschließende Entlastungsbeweis gelingt.⁵⁴⁾ Da sich jedoch ein Gesamtschuldverhältnis nach den für seine Entstehung geltenden allgemeinen Grundsätzen, auf diese wird ebenso zurückzukommen sein wie auf die Einordnung des hier insgesamt angesprochenen Fragenkreises in die mit dem Regreß zusammenhängende Problematik, ergeben kann, sind auch insoweit kaum gravierende Abweichungen von der ersatzrechtlichen Lage bei der deliktischen Gehilfenhaftung zu beobachten.

54) Vgl. dazu etwa Soergel-Zeuner Rdnr. 9 zu § 840.

3. Das Verhältnis des Dritten zum Schädiger

Nachdem bisher auf die Beziehungen des Ersatzberechtigten sowohl zum Dritten als auch zum Schädiger eingegangen wurde, verbleibt noch zu klären, ob an das Verhältnis zwischen dem Dritten und dem Schädiger besondere Anforderungen zu stellen sind. Oben wurde schon deutlich gemacht, daß der Dritte gegenüber dem endgültig Verpflichteten einerseits mittelbar, andererseits aber auch unmittelbar Geschädigter sein kann. Voraussetzung für Entstehung und Geltendmachung eines Koinzidenzinteresses und damit für einen "indirekten Schadensausgleich" ist allein, daß der Dritte dem Ersatzberechtigten gegenüber unmittelbar Geschädigter ist, wobei diesem wiederum ein Ersatzanspruch gegen den Schädiger zustehen muß. Der endgültig Verpflichtete kann also, das allein konnte hier noch zweifelhaft sein, auch in vertraglichen Beziehungen zum Dritten stehen.

Dieses Ergebnis soll an einem Beispiel verdeutlicht werden: Ein Erfüllungs- bzw. Verrichtungsgehilfe, der einen Dritten geschädigt und diesem in der Folge auch vollen Ersatz geleistet hat, kann unter folgender Voraussetzung von seinem Geschäftsherrn zumindest teilweisen Ersatz des Schadens verlangen, der sich auf ihn, den Gehilfen umgesetzt hat: Sein Belastetsein mit dem nicht von ihm zu tragenden Anteil muß sich als Verletzung des seiner Gehilfenschaft zugrundeliegenden Vertrages, also etwa eines Dienstverhältnisses, durch den Geschäftsherrn, der zu dem Dritten in vertraglichen Beziehungen steht, darstellen. Insoweit rückt das Drittbetroffensein des Gehilfen, der zum Ersatzberechtigten wird, in den Vordergrund.

Darüber hinaus steht ihm, ist die Schädigung bei der Verrichtung schadensgeneigter Arbeit vorgekommen, nach den Regeln über den innerbetrieblichen Schadensausgleich, und zwar unabhängig von einem Verschulden des Arbeitgebers⁵⁵⁾, ein

55) Der Erstattungsanspruch besteht daher z.B. auch dann, wenn dem Arbeitgeber der Entlastungsbeweis i.S.d. § 831 BGB gelingt; so auch Staudinger-Schäfer Rdnr. 11 zu § 831.

"Erstattungsanspruch" zu.⁵⁶⁾ Dieser ist, auch wenn er keinen echten Schadensersatzanspruch darstellt⁵⁷⁾, doch ebenfalls auf den Ausgleich eines umgesetzten Schadens gerichtet.⁵⁸⁾

Daß auch in diesen Fällen der Gesamtschuldausgleich dem auf dasselbe Ziel gerichteten vertraglichen Anspruch dem Umfange nach entspricht, bedarf keiner weiteren Darlegungen. Es gilt das oben Ausgeführte sinngemäß. Zu beachten ist allein, daß auch die Grundsätze über den Erstattungsanspruch, ebenfalls in ergebnismäßiger Kongruenz zu den vertraglichen Ersatzberechtigungen, den Gesamtschuldausgleich zu variieren vermögen. Ist also der ersatzberechtigte Arbeitnehmer Verrichtungsgehilfe, so setzen sie, wenn der Geschäftsherr dem Dritten gegenüber allein aus vermutetem Verschulden haftet, den § 840 Abs. 2 BGB außer Kraft; im übrigen stellen sie eine anderweitige Regelung im Sinne des § 426 Abs. 1 BGB dar.⁵⁹⁾

4. Zusammenfassung

Faßt man die bisherigen Betrachtungen zusammen, so läßt sich folgendes festhalten: Die Möglichkeit, koinzidierendes Haftungsinteresse als ersatzfähigen Schaden geltend machen zu können, erlangt insbesondere unter zwei Gesichtspunkten Bedeutung; einerseits kann an sich nicht ersatzfähiger, d.h. dem eigentlichen Verursacher gegenüber mittelbarer Schaden auf einem Umweg auf diesen abgewälzt werden; andererseits hat sie

56) Vgl. allgemein zu diesem der Fürsorgepflicht entspringenden Anspruch Erman-Küchenhoff Rdnr. 165 f. zu § 611; Larenz, Bd. II, S. 213, § 52, II d. Er entspricht dem vor Schadensersatzleistung bestehenden Freistellungsanspruch.

57) Beachte dazu auch, daß der Arbeitgeber auf Grund der Fürsorgepflicht den Arbeitnehmer weitgehend von Schadensersatzansprüchen freizuhalten hat, vgl. z.B. Soergel-Wlotzke-Volze Rdnr. 70 zu § 611 m.w.N., so daß auch dem Erstattungsanspruch ein gewisses Schadensersatzrechtliches Element, insbesondere bei Verweigerung der Freistellung, anhaftet.

58) Auf ähnliche Ansprüche wird im Rahmen der Regreßerörterungen zurückzukommen sein; vgl. dort u.a. die Erörterungen zu § 426 Abs. 1 BGB bzw. zu den §§ 677 ff., 812 ff. BGB.

unter Umständen für den Ersatzberechtigten, insoweit kann hier schon den späteren Erörterungen vorgegriffen werden, rückgriffsbegründende Wirkung.

D) Die Bedeutung von Haftungsverschärfungen und -beschränkungen für die Geltendmachung eines Koinzidenzinteresses

Nachdem im bisherigen Verlauf die dem Ersatz des koinzidierenden Haftungsinteresses generell zukommende Bedeutung deutlich gemacht werden sollte, ist im folgenden der Frage nachzugehen, inwieweit die dabei gefundenen Grundsätze einer Erweiterung oder Beschränkung durch Parteivereinbarung zugänglich sind.⁶⁰⁾

1. Die Rechtslage bei Haftungsverschärfungen

a) Allgemein geltende Regelungen

Als ohne Bedenken zulässig ist eine zwischen Ersatzberechtigtem und Schädiger getroffene Vereinbarung anzusehen, die eine verschärfte Haftung, also z.B. eine Ersatzpflicht auch für zufällige Schäden begründet. Die vom Verpflichteten übernommene Einstandspflicht gilt auch für Schäden, die sich als Belastung mit Schadensersatzansprüchen darstellen bzw. durch deren Erfüllung entstehen. Eine eventuell nicht zulässige negative Auswirkung auf die Rechtssphäre Dritter ist nicht ersichtlich.

Hat dagegen der Ersatzberechtigte dem Dritten gegenüber eine Garantiehaftung übernommen, so kann dadurch unter Umständen der Schädiger, eben über die Geltendmachung eines auch ohne Verschulden des Ersatzberechtigten entstehenden Koinzidenzinteresses, zum Ersatz eines auf Grund der ge-

59) Siehe hierzu insbesondere Larenz, Bd. II, S. 213, § 52, II d.

60) Bei kraft gesetzlicher Regelungen bestehenden Abweichungen vom Grundsatz des § 276 BGB entstehen keine Probleme.

gesetzlichen Regelungen an sich nicht auszugleichenden mitteilbaren Schadens verpflichtet werden. Doch auch solchen Haftungsregelungen wird man die Wirksamkeit gegenüber dem Schädiger nicht versagen können.⁶¹⁾ Daraus, daß sich die Rechtssphäre des Ersatzberechtigten in einer dem Verpflichteten ungünstigen Weise gestaltet, kann der Inanspruchgenommene, solange der Schaden, wie in den hier relevanten Fällen, zurechenbar verursacht ist, grundsätzlich keine die Entstehung eines Anspruchs hindernden Rechte herleiten. Einen Grundsatz, daß eine besondere Schadensanfälligkeit generell zu Lasten des Geschädigten, hier also des Ersatzberechtigten geht, gibt es weder in bezug auf den Schadenseintritt überhaupt noch auf die Schadenshöhe.⁶²⁾

Was für den auf Grund einer verschärften Einstandspflicht entstandenen Ersatzanspruch gilt, kann auf die Verwirkung einer vereinbarten Vertragsstrafe sinngemäß angewandt werden. Auch die durch sie verursachten Belastungen können auf den eigentlichen Schädiger abgewälzt werden.

b) Bedingte Garantievereinbarungen zu Lasten des Schädigers

Zweifelhaft kann die Wirksamkeit solcher Garantievereinbarungen gegenüber dem Schädiger jedoch dann sein, wenn sie nicht in erster Linie die Begründung einer generell verbesserten Rechtsstellung des Dritten im Verhältnis zu seinem

61) So auch Marschall v. Bieberstein S. 286; Eike Schmidt S. 609; v. Caemmerer, ZHR, 127, 241, 248 f. Vgl. auch die Fallgestaltung in RGZ 97, 87 ff., wo ein Schadensausgleich durch eine Garantievereinbarung hätte ermöglicht werden können.

62) Es handelt sich hier um den gleichen Rechtsgedanken, der in den Fällen des Zusammentreffens eines schädigenden Ereignisses mit einer den Schadenseintritt begünstigenden Konstitution zum Tragen kommt; vgl. z.B. Palandt-Heinrichs Vorbem. 5 d cc vor § 249; Erman-Sirp Rdnr. 24 zu § 249; BGB-RGRK-Nastelski Anm. 26 vor §§ 249-255.

Vertragspartner, sondern die Belastung des Schädigers mit indirekt auf den Ersatz mittelbaren Schadens gerichteten Verpflichtungen bezwecken. Dieses Ziel ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Garantiehaftung nur für den Fall einer möglichen Inanspruchnahme des Erstschädigers vereinbart ist.⁶³⁾ Derart gekennzeichnete Vereinbarungen könnten auf der einen Seite gegen die schadensersatzrechtliche Systematik verstoßen, die den Ersatz mittelbaren Schadens grundsätzlich ausschließt. Auf der anderen Seite könnten sie sich, zumindest von ihrer Wirkung her, als unzulässige Verträge zu Lasten Dritter⁶⁴⁾ darstellen.⁶⁵⁾

Schon aus dem zweiten Einwand heraus kann man auf die Unwirksamkeit dieser Vertragsklauseln schließen:⁶⁶⁾ Eine unzulässige Vereinbarung zu Lasten eines Dritten liegt zwar an sich nur dann vor, wenn der Schädiger durch sie nicht nur tatsächlich benachteiligt, sondern aus ihr auch unmittelbar rechtsgeschäftlich verpflichtet wird.⁶⁷⁾

Die Wirkung der hier relevanten Absprachen besteht jedoch nur darin, daß die im Falle einer objektiv und subjektiv zurechenbaren Verletzung dem Grunde nach gegebene Ersatzpflicht durch einen Umstand auf seiten des Ersatzberechtigten, nämlich den Schadenseintritt beeinflußt wird. Wie schon oben gezeigt wurde, muß der Schuldner, der in haftungsbe gründender Weise in eine fremde Rechtssphäre eingegriffen hat, die Gestaltung der Rechtsverhältnisse seines Gläubigers, auch wenn sie ihm nachteilig ist, grundsätzlich als gegeben hinzunehmen.

63) Vgl. dazu Marschall v. Bieberstein S. 289.

64) Siehe allgemein zur Unzulässigkeit von im Gesetz nicht vorgesehenen Verträgen zu Lasten Dritter BGB-RGRK-Wilde Anm. 5 zu § 328; Staudinger-Kaduk Vorbem. 64 ff. zu §§ 328-335 m.w.N.

65) Das entspricht auch dem von Marschall v. Bieberstein S. 290 f. u.a. herangezogenen Prüfungsmaßstab.

66) So auch Marschall v. Bieberstein S. 290.

67) Vgl. Staudinger-Kaduk Vorbem. 64, 51 zu §§ 328-335.

Eine hier einschlägige Ausnahme ist jedoch dann zu machen, wenn sie in einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung, die auch nur in ihrer Wirkung einem Vertrag zu Lasten Dritter entspricht, besteht. Der Inanspruchgenommene hat nämlich nur insoweit besondere Umstände in der Person des Anspruchstellers hinzunehmen, als ihre Berücksichtigung nicht dem Gesetz widerspricht. Das ist aber bezüglich der hier relevanten Klauseln als Folge der gewollten Drittbenachteiligung nicht mehr der Fall. Die grundsätzliche Unzulässigkeit der eigentlichen Verträge zu Lasten Dritter muß, da ansonsten eine Umgehung dieses Verbotes möglich wäre, auch solche Vereinbarungen erfassen, die diesen wegen ihrer beabsichtigten tatsächlichen Wirkung auf die Rechtssphäre des Dritten entsprechen.⁶⁸⁾

Darüber hinaus braucht der Schädiger solche Klauseln aber auch deshalb nicht gegen sich gelten lassen, weil sie gegen den gesetzgeberischen Zweck der Begrenzung der Deliktshaftung verstoßen.⁶⁹⁾ Mit ihrer Vereinbarung wird allein beabsichtigt, den nach der gesetzlich vorgegebenen Ersatzsystematik grundsätzlich nicht zum Ausgleich verpflichtenden mittelbaren Schaden eines Dritten auf den ursprünglichen Schädiger abzuwälzen.^{69a)} Im Gegensatz dazu war es aber gerade das beliebiger Parteivereinbarung nicht zugängliche Ziel des Gesetzes, den bloßen Eingriff in fremde Vertragsrechte, und gerade um diese Fälle wird es sich in diesem Zusammenhang in erster Line handeln, wegen der Gefahr einer übermäßigen Inanspruchnahme des Schädigers nicht als zur Be-

68) Vgl. zu dieser Argumentation auch BGHZ 58, 216, 220, wo die volle Belastung des nicht von der Haftung freigestellten Schädigers bei der Abwicklung eines gestörten Gesamtschuldverhältnisses als unzulässige Folge eines dem Bürgerlichen Gesetzbuch unbekannten Vertrages zu Lasten Dritter bezeichnet wird.

69) So auch Marschall v. Bieberstein S. 291, der die Möglichkeit von Ausnahmen offen läßt. A.A. RGZ 140, 373, 375 f. und RG DR 1941, 666, 668, jeweils in bezug auf den Art. 52 Abs. 2 Württemb. BeamtenG vom 21. Januar 1929, der auf diesem Wege den Ersatz von Stellvertreterkosten ermöglichte; vgl. auch RGZ 140, 373, 377 für die Wirksamkeit einer vertraglichen Vereinbarung.

69a) Als Beispiel für eine solche unzulässige Garantievereinbarung ist diejenige zu nennen, die in einem Versorgungsvertrag zu Lasten desjenigen wirken soll, der eine Versorgungszufuhr unterbricht; vgl. dazu noch im weiteren Verlauf unter 3.

gründung von Schadensersatzverpflichtung tauglich anzusehen.⁷⁰⁾

Abgesehen davon erscheint es im übrigen bedenklich, den Ausgleich mittelbarer Schäden von "geschickter Vertragsformulierung" abhängig zu machen.⁷¹⁾

Der somit gefundene Grundsatz, daß bedingte Garantievereinbarungen keine Wirksamkeit gegenüber dem Schädiger beanspruchen können, gilt jedoch nicht ohne Ausnahmen. Sollte sich nämlich der gesetzgeberische Zweck der Begrenzung des Deliktsrechts im Einzelfall als nicht beeinträchtigt erweisen, und kann darüber hinaus die Anerkennung solcher Klauseln als Befriedigung eines sich aus Billigkeitsgründen ergebenden Bedürfnisses angesehen werden, so besteht kein Anlaß, bedingten Garantievereinbarung die Geltung gegenüber dem Schädiger abzusprechen.⁷²⁾ Insoweit können sie, da es allein auf ihre Wirkung ankommt und sie den Schädiger nicht entgegen dem Zweck des Gesetzes belasten, auch nicht als unzulässige Verträge zu Lasten eines Dritten angesehen werden.

Es sind dies genau die Überlegungen, die auch dort herangezogen werden, wo es darum geht, die in der Zulassung neben dem Gesetz gebildeter Regreßmöglichkeiten⁷³⁾ oder der Drittschadensliquidation liegende Durchbrechung des deliktsrechtlichen Haftungssystems zu rechtfertigen.⁷⁴⁾ Die Ähnlich-

70) Vgl. dazu Marschall v. Bieberstein S. 27 mit Hinweisen auf die Entstehungsgeschichte; siehe etwa Prot. II S. 571.

71) Darauf weist auch Marschall v. Bieberstein S. 291 hin.

72) Vgl. auch Marschall v. Bieberstein S. 291; unter diesen Gesichtspunkten hält er auch, nach damaliger Rechtsauffassung, die Ansicht des Reichsgerichts, vgl. oben FN. 69, soweit für vertretbar, als sie sich auf Art. 52 Abs. 2 Württemb. BeamtenG bezieht. Insoweit handelt es sich nicht um eigentliche Schadensersatzfragen, sondern um Regreßprobleme, bei denen eine Schadensvervielfältigung und damit die zu verhindernde Überdehnung der Ersatzpflicht des Schädigers ausgeschlossen ist.

73) Vgl. dazu etwa Selb, Studie, S. 54.

74) Die Beantwortung der Frage, in welchen Fällen eine Drittschadensliquidation stattzufinden hat, muß späteren Erörterungen vorbehalten bleiben.

keit zur Drittschadensliquidation zeigt sich im übrigen auch in der Anspruchsberechtigung: Bei beiden Fallgestaltungen steht, abgesehen von einer Abtretung, die Befugnis, Schadensersatzansprüche geltend zu machen, demjenigen zu, der vom Schädiger in ersatzrechtlich relevanter Weise verletzt wurde.

Wenn somit die Zulässigkeit einer bedingten Garantievereinbarung von den gleichen Erwägungen abhängt wie die u.a. der Drittschadensliquidation, dann können sich die Anwendungsfälle dieser beiden Rechtsinstitute überschneiden. Das hat jedoch keineswegs zur Folge, daß deshalb die Bedeutung der allein zu Lasten des Schädigers vereinbarten Haftungsregelungen - diese bewirken, ähnlich der Drittschadensliquidation, eine "Rückverlagerung" des Schadens auf den Anspruchsberechtigten - gering einzuschätzen sei, weil gleich auf die Regeln über die Drittschadensliquidation zurückzugreifen sei.⁷⁵⁾ Vielmehr wird ihnen dann, wenn sie vorliegen, der Vorrang vor der Drittschadensliquidation einzuräumen sein. Man wird es den Parteien überlassen müssen, ~~den~~ Schaden kraft ihrer Privatautonomie beim Anspruchsberechtigten tatsächlich eintreten zu lassen. Die Drittschadensliquidation, in deren Rahmen dieser Schadenseintritt nur fingiert wird, hat dann nur dort eigentliche Bedeutung, wo keine besondere Vereinbarung vorliegt.⁷⁶⁾

75) So aber Marschall v. Bieberstein S. 291.

76) Nicht zu verwechseln ist diese kraft Vertrages zu bewirkende "Schadensrückverlagerung" (dazu, daß sich die Verlagerung des Schadens auf den Dritten immer noch als das entscheidende Kriterium für eine Drittschadensliquidation darstellt, vgl. hier nur Medicus S. 359, § 34, IV 6 b oder Glückert, AcP 166, 311, 328 unter Hinweis auf v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 256) mit der Begründung der Drittschadensliquidation durch ergänzende Vertragsauslegung nach § 157 BGB; vgl. zum letzteren Soergel-R. Schmidt Rdnr. 96 zu §§ 249-253; BGH Betrieb 1959, 1083; kritisch v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 253. Hier steht das Verhältnis zwischen Geschädigtem und Verletztem, bei der Auslegung nach § 157 BGB die für die Zulässigkeit der Drittschadensliquidation möglicherweise maßgebliche Beziehung zwischen Verletztem und Schädiger in Frage.

2. Die Rechtslage bei Haftungsbeschränkungen

a) Allgemeine Grundlagen

Eine Haftungsbeschränkung im Verhältnis des Schädigers zum Ersatzberechtigten wirft keine Probleme auf. Der Dritte kann für den bei ihm entstandenen Schaden vom an sich Ersatzberechtigten Ausgleich verlangen. Soweit die Freizeichnung reicht, kann der insoweit Inanspruchgenommene jedoch nicht gegen den eigentlichen Schädiger vorgehen. Er hat vielmehr den Schaden des Dritten, der sich auf ihn umgesetzt hat, endgültig selbst zu tragen.

Hat sich dagegen der Ersatzberechtigte dem Dritten gegenüber von der Haftung freigezeichnet oder den Haftungsmaßstab zulässigerweise, vgl. § 276 Abs. 2 BGB, gemildert, so fragt es sich, ob und inwieweit diese Haftungserleichterungen auch dem Schädiger zugute kommen. Denn nur dann, wenn sich der endgültig zu belastende Verursacher nicht auf sie berufen kann, besteht die Möglichkeit, ihn auf Ersatz eines koinzidierenden Haftungsinteresses in Anspruch zu nehmen.

Es ist heute allgemein anerkannt, daß es Haftungsregelungen sowohl mit absoluter⁷⁷⁾ als auch mit relativer⁷⁸⁾ Wirkung geben kann. Die Bestimmung ihres Charakters im Einzelfall erfolgt dabei durch Abwägung des mit ihnen verfolgten Zwecks. Insoweit darf auch für die hier zu erörternden Haftungsbeschränkungen grundsätzlich keine Ausnahme gemacht werden.⁷⁹⁾

77) Siehe Marschall v. Bieberstein S. 295 mit Hinweis auf §§ 636, 637 RVO (dazu ders. S. 213 f. m.w.N. und BGH NJW 1973, 1648) und die "Kanalisation" der Haftung auf den Operator nach dem AtomG (dazu Kanne S. 38-43).

78) Eike Schmidt S. 610; Marschall v. Bieberstein S. 293 f., jeweils m.w.N.; vgl. z.B. zur Haftpflichtversicherung des Arbeitnehmers bei Schädigungen infolge schadensgeneigter Arbeit BGHZ 27, 62, 66; BAG NJW 1963, 1940, 1941; BAG MDR 1964, 538, 539. Siehe zum Einfluß von Haftungseinschränkungen auf den Gesamtschuldnerregreß Esser, Bd. 2, S. 449, § 112, II 2 b; Medicus S. 392 ff., § 35, II 6; BGH NJW 1973, 1654, 1656.

79) Darauf weisen auch Marschall v. Bieberstein S. 294 und Eike Schmidt S. 610 hin; vgl. auch BGH NJW 1962, 388, 389.

Das bedeutet im einzelnen: Wird durch den zwischen Ersatzberechtigtem und Dritten vereinbarten Haftungsausschluß beabsichtigt, auch den Schädiger zu begünstigen, so kann sich dieser auf die einen Schadenseintritt beim an sich Ersatzberechtigten verhindernde Vertragsklausel berufen.⁸⁰⁾

In der Regel wird jedoch mit derartigen Haftungsbeschränkungen - im übrigen kann es sich auch um solche auf Grund Gesetzes handeln - nur eine auspruchsmindernde bzw. -hindernde Wirkung inter partes angestrebt sein.⁸¹⁾ Es verbleibt somit die Möglichkeit, auch wenn im isoliert betrachteten Verhältnis des Dritten zum Ersatzberechtigten keine Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden können, den Erstschädiger mit dem eingetretenen Schaden zu belasten. Der sich Freizeichnende ist, ohne daß damit ein Widerspruch zu der ihm eingeräumten Entlastung auftreten würde, nur verpflichtet, seinen Anspruch auf Ersatz des koinzidierenden Haftungsinteresses an den Dritten abzutreten.⁸²⁾ Was den Umfang angeht, so richtet sich der übergegangene Anspruch auf das, was der freigestellte Vertragspartner, der ohne den Haftungsausschluß selbst zu leisten hätte, beim Schädiger liquidieren könnte.⁸³⁾

Dieses Ergebnis entspricht insgesamt auch dem vertraglich festgelegten Verhältnis von Leistung und Gegenleistung;

80) Eine absolute Wirkung wird in folgendem Fall vorliegen: Ein Arbeitnehmer schädigt einen Dritten, der Arbeitgeber hat sich von der Gehilfenhaftung freigezeichnet; da sich diese Freizeichnung grundsätzlich auch auf den Direktanspruch gegen den Gehilfen bezieht, vgl. Palandt-Heinrichs Anm. 5 B a cc zu § 276; Esser, Bd. 1, S. 399 f., § 54, II; Larenz, Bd. I, S. 169, § 17, II; Gernhuber, JZ 1962, 553, 558; BGH NJW 1962, 388, 389; BGH VersR 1971, 412, 413, muß sie auch einen Anspruch auf Ersatz des koinzidierenden Haftungsinteresses auf der Grundlage einer Arbeitsvertragsverletzung erfassen.

81) Marschall v. Bieberstein S. 294; so auch OLG München NJW 1959, 1719 f., insoweit nicht veröffentlicht, mitgeteilt von Tegethoff, BB 1964, 19, 21, mit Bezug auf die Drittschadensliquidation (vgl. noch unten). Zu einer gesetzlichen Haftungsbeschränkung und ihrer inter-partes-Wirkung vgl. das Beispiel bei Marschall v. Bieberstein S. 295 zu § 708 BGB.

ein Schuldner wird in der Regel nur für eine ihm zugute kommende, dagegen nicht auch für einen dritten Schädiger begünstigende Haftungsfreistellung eine Gegenleistung erbringen.

Eine ungerechtfertigte Belastung des Schädigers ist, da er nach den allgemein geltenden gesetzlichen Grundsätzen haftet, nicht ersichtlich. Er wird durch die Annahme einer nur relativen Wirkung einer Haftungsregelung nicht benachteiligt; ihm wird vielmehr allein die Möglichkeit entzogen, an der aus der Haftungsfreistellung fließenden Begünstigung des Ersatzberechtigten zu partizipieren.

Bei dem Versuch, die nur relative Wirkung von Haftungsmilderungen zu erklären, auf die Rechtsfigur eines pactum de non petendo abzustellen,⁸⁴⁾ kann den Gegebenheiten nicht gerecht werden. Es muß hier schon die Entstehung und nicht erst die Durchsetzbarkeit des gegen den Ersatzberechtigten gerichteten Schadensersatzanspruchs gehemmt sein.⁸⁵⁾ Es ist kein Grund ersichtlich, für Haftungsbeschränkungen, soweit ihre Bedeutung für die Geltendmachung eines koinzidierenden Haftungsinteresses in Frage steht, besondere Grundsätze aufzustellen.

Man wird es vielmehr als durchaus zulässig anzusehen haben, den Schadenseintritt beim Ersatzberechtigten dem Dritthaftpflichtigen gegenüber zu fingieren. Dieses Vorgehen ist dem Haftungsrecht auch sonst nicht fremd. So beruht auch die herkömmlicherweise über die Drittschadensliquidation gefundene Lösung der Fälle eines Schadenseintritts nach obligatorischer Entlastung des Verletzten auf der Fiktion eines Schadens-

82) So auch Eike Schmidt S. 610; Marschall v. Bieberstein S. 294.

83) Vgl. Marschall v. Bieberstein S. 294 f.; Eike Schmidt S. 610 und in Fälle und Lösungen, S. 54.

84) So aber Eike Schmidt, Fälle und Lösungen, S. 54.

85) Vgl. zu dieser Wirkung von Freizeichnungsklauseln Esser, Bd. 1, S. 50, § 7, III 2; Blomeyer S. 132, § 25, II 2.

eintritts bei eben diesem Anspruchsberechtigten.⁸⁶⁾

Der Anspruch des Dritten gegen den Ersatzberechtigten auf Abtretung ist dann, da eben insoweit kein Schadensersatzanspruch entstanden ist, auch nicht als Restbestand eines solchen anzusehen.⁸⁷⁾ Er basiert vielmehr auf der allgemeinen Vertragspflicht, dem Gläubiger eine möglichst vollwertige Leistung zu erbringen; eine Beschränkung dieser Verbindlichkeit durch den Haftungsausschluß findet nicht statt.

Der Frage, zu welchen praktischen Ergebnissen die hier gefundenen Grundlagen im Einzelfall führen, soll an Hand zweier Beispiele nachgegangen werden.⁸⁸⁾

b) Die Rechtslage beim Weiterwirken von Leistungsstörungen

Befindet sich der Gattungsschuldner A in nach § 279 BGB zu vertretendem Verzug und beliefert deshalb der ersatzberechtigte B⁸⁹⁾ den C, mit dem er einen nicht für den A wirkenden Haftungsausschluß vereinbart hat, verspätet, so kann der C dennoch auf Grund eines abgetretenen Schadensersatzanspruchs des B gegen den A letzteren auf Ersatz des bei ihm eingetretenen Verzögerungsschadens⁸⁹⁾ insoweit in Anspruch nehmen, als dieser dem B, hätte sich der Schaden als koinzidierendes Haftungsinteresse auf ihn umgesetzt, ersatzpflichtig wäre. Daneben kann der Zwischenhändler B den bei ihm selbst über das nur fingierte Koinzidenzinteresse hinaus entstandenen Schaden unabhängig von dem mit C getroffenen Haftungsausschluß geltend machen.

86) Darauf weist auch Eike Schmidt, Fälle und Lösungen, S. 54 hin, obwohl er von einem pactum de non petendo ausgeht. Ob sich aus dem hier gefundenen Ergebnis Rückschlüsse auf die Lösung der gemeinhin mit der Drittschadensliquidation erfaßten Fälle ziehen lassen, soll im späteren Zusammenhang erörtert werden.

87) Davon scheint aber Eike Schmidt, Fälle und Lösungen, S. 54 als Folge eines pactum de non petendo auszugehen.

88) Auf weitere Anwendungsmöglichkeiten wird im weiteren Verlauf der Darstellung hinzuweisen sein.

89) Er muß dann ebenfalls als Gattungsschuldner angesehen werden.

89a) Soweit es das koinzidierende Haftungsinteresse angeht, wird der Schadenseintritt bei B fingiert.

Das hier für das Eingreifen des § 279 in Verbindung mit § 286 BGB Dargestellte gilt in gleicher Weise sowohl für die anderen Schadensersatzberechtigungen bei Leistungsstörungen als auch für die Ersatzansprüche bei Gewährleistung. In diesem Zusammenhang darf jedoch ein - zulässiger - relativ wirkender Haftungsausschluß bei den Garantiehaftungstatbeständen, so z.B. bei § 538 Abs. 1 1. Alt. BGB, nicht mit der - unzulässigen - Schadensbegründung durch eine bedingte Garantievereinbarung verwechselt werden.

c) Der Ersatz von Vermögensschäden bei der Unterbrechung von Versorgungsleitungen

Wie sich bisher gezeigt hat, können diese Schäden weder auf der Grundlage des § 823 Abs. 1 noch der des § 823 Abs. 2 BGB ersetzt werden. Da sich die Elektrizitätsunternehmen in der Regel zulässigerweise⁹⁰⁾ von einer Haftung freizeichnen, kommt dem ersten Anschein nach auch ein Ausgleich über die Geltendmachung eines koinzidierenden Haftungsinteresses nicht in Betracht. Die Lage stellt sich jedoch dann anders dar, wenn man dem Haftungsausschluß nur relative Wirkung beimißt.

Unter der Voraussetzung, daß das Versorgungsunternehmen durch die Nichtbelieferung zum Schadensersatz verpflichtet würde, kann es die damit verbundene fingierte Belastung als zurechenbare Folge der Verletzung ihres Eigentums an der Versorgungsanlage, somit als ersatzfähigen Schaden, dem Dritthaftpflichtigen gegenüber geltend machen.⁹¹⁾ Da das Versorgungsunternehmen jedoch nur dann nach den allgemeinen Regeln den Schaden eines Abnehmers zu ersetzen hat, wenn es sein Unvermögen zur ununterbrochenen Stromlieferung zu

90) So v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 246; Glückert, AcP 166, 311, 312; BGH NJW 1959, 1423 f., wo hervorgehoben wird, daß auch aus der Monopolstellung der Versorgungsunternehmen nicht die Unzulässigkeit von Haftungsausschlüssen gefolgert werden kann.

91) Vgl. dazu insbesondere Marschall v. Bieberstein S. 294; siehe auch v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 247, der jedoch die Möglichkeit einer relativen Wirkung von Haftungsbeschränkungen nicht erwägt.

vertreten hat⁹²⁾, kommen, da es sich um vertragliche Schadensersatzansprüche des Abnehmers handelt, hier nur die Fälle in Betracht, in denen der Schädiger als schuldhaft handelnder Erfüllungsgehilfe, vgl. § 278 BGB, z.B. des Elektrizitätswerks anzusehen ist.

Doch auch hierbei hat man zu differenzieren: Ein Arbeitnehmer des Unternehmens kann sich regelmäßig auf den Haftungsausschluß berufen.⁹³⁾ Anders wird man bei der Beauftragung eines Bauunternehmens zu entscheiden haben. Zwar ist auch dieses, wenn es bei Arbeiten an den Versorgungsleitungen in die Erfüllung der Stromlieferungspflicht eingeschaltet ist, Erfüllungsgehilfe.⁹⁴⁾ Es kann sich aber auf die Freistellung des Elektrizitätswerks nicht berufen.⁹⁵⁾ Hat es sich nicht seinerseits gegenüber seinem Auftraggeber freigezeichnet, so haftet es auf Ersatz des koinzidierenden Haftungsinteresses.

Das so gefundene Ergebnis muß auch von der Verteilung des Schadensrisikos her als billig angesehen werden. Es entspricht daneben weitgehend den Überlegungen, die zur Anerkennung einer Drittschadensliquidation geführt haben. Die Freizeichnung des Versorgungsunternehmens hat für den Schädiger Zufallscharakter.

92) § 279 BGB greift dabei in der Regel nicht ein.

93) Vgl. dazu auch schon oben insbesondere FN. 80.

94) Offengelassen ist die Frage nach der Erfüllungsgehilfeneigenschaft in BGH NJW 1959, 1423.

95) Wie hier auch Marschall v. Bieberstein S. 294. Vgl. auch Tegethoff, BB 1964, 19, 21 und OLG München NJW 1956, 1719 f. (insoweit nicht veröffentlicht, mitgeteilt von Tegethoff, BB 1964, 19, 21) jeweils im Hinblick auf eine Drittschadensliquidation; vgl. dazu auch Larenz, NJW 1956, 1719, 1720, der ebenfalls für die Fälle, in denen der Abnehmer für den Stromverbrauch eine Pauschale entrichtet, bei Ausbleiben der Leistung somit nicht frei wird, eine Drittschadensliquidation in Erwägung zieht; siehe auch BGH v. 9.12.1958 VI ZR 199/57 = BGHZ 29, 65 ff. (insoweit nicht veröffentlicht). v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 246 ff. weist zwar auf die Bedeutung des Bezugsvertrages für die Rechtsstellung des Abnehmers hin, zieht aber die Möglichkeit relativ wirkender Haftungsbeschränkungen nicht in Betracht (vgl. insb. S. 248).

Die Ansicht,⁹⁶⁾ die hier einen Anwendungsfall der Drittschadensliquidation annimmt, kommt daher auch zu dem gleichen Ergebnis; ihr kann aber deshalb nicht gefolgt werden, weil sie einen Weg einschlägt, der auf der Heranziehung eines neben dem Gesetz gebildeten Rechtsinstituts beruht, obwohl eine Lösung mit Hilfe der vom Gesetz vorgegebenen Ersatzmöglichkeiten, wie sie oben aufgezeigt wurde, zu finden ist. Die Drittschadensliquidation ist im hier vorliegenden Fall dagegen nicht deshalb unanwendbar, weil es an dem "charakteristischen Auseinanderfallen von Gläubigerstellung und geschütztem Interesse" fehlen würde.⁹⁷⁾ Denn als Folge der Freizeichnungsklausel ist der Schaden, der sich als koinzidierendes Haftungsinteresse darstellen würde, nicht beim Versorgungsunternehmen eingetreten, sondern beim mittelbar geschädigten Abnehmer verblieben.⁹⁸⁾

Sowohl bei der hier vertretenen Lösung als auch bei der Annahme einer Drittschadensliquidation handelt es sich nicht um eine Haftungserweiterung⁹⁹⁾, sondern lediglich um eine Nichtberücksichtigung einer zufälligen Schadensminderung beim Versorgungsunternehmen als Folge einer Freizeichnungsklausel. Eine andere Betrachtungsweise verkennt die Bedeutung, die der Befugnis zukommt, ein koinzidierendes Haftungsinteresse geltend machen zu dürfen. Der Umfang des Schadens, der äußerstenfalls ersetzt verlangt werden kann, wird durch die Umsetzung auf den Ersatzberechtigten unter Nichtbeachtung der Haftungsvereinbarung gegenüber dem des

96) Tegethoff, BB 1964, 19, 21 unter Hinweis auf den nicht veröffentlichten Teil von OLG München NJW 1956, 1719 f.; sein Hinweis auf die Lohnfortzahlung geht fehl; es handelt sich hier nicht um die Regreß- bzw. Vorteilsausgleichsproblematik; so auch Glückert, AcP 166, 311, 328 ff.

97) So aber Glückert, AcP 166, 311, 328 unter Hinweis auf BGH v. 9.12.1958 VI ZR 199/57 = BGHZ 29, 65 ff. (insoweit unveröffentlicht).

98) Auf die Bedeutung der Freizeichnungsklausel für den Ersatz des Produktionsausfallschadens unter dem Gesichtspunkt der Geltendmachung eines koinzidierenden Haftungsinteresses geht BGH v. 9.12.1958 VI ZR 199/57 = BGHZ 29, 65 ff. (teilweise unveröffentlicht) nicht ein.

99) Das behauptet aber Glückert, AcP 166, 311, 328.

nach den allgemeinen Vorschriften auszugleichenden Schadens nicht erhöht. Der Hinweis Glückerts¹⁰⁰⁾ auf den Leder-gürtelfall¹⁰¹⁾ geht fehl; dort war schon keine Haftungs-freistellung mit "schadensverlagernder" Wirkung vereinbart.

Die Berechtigung des hier vorgeschlagenen Lösungswegs kann auch nicht als Folge der von Glückert gegen die Anwendung der Drittschadensliquidation vorgebrachten Bedenken angezweifelt werden; im übrigen hängt auch deren Zulässigkeit nicht von diesen Einwänden ab; sie hat sich vielmehr als überflüssig herausgestellt. Der aufgezeigte Weg ist jedoch nur gangbar, wenn das Versorgungsunternehmen den Ausfallschaden ohne Freizeichnung zu vertreten hätte. Die Annahme einer auch nur relativen Wirkung der Haftungsfreistellung kann also dann keinen ersatzfähigen Schaden begründen bzw. fingieren, wenn der Schädiger zum Versorgungsunternehmen in rein deliktischer Beziehung steht,¹⁰²⁾ wenn dieses sich also sein Verschulden nicht anrechnen zu lassen braucht.

Auch eine Anwendung der für die Drittschadensliquidation aufgestellten Grundsätze scheidet insoweit aus;¹⁰³⁾ denn hier hat nicht allein die Freizeichnung zu dem Ausbleiben des Schadens beim Versorgungsunternehmen geführt. Auch wenn zwischen Versorgungsschuldner und Drittem kein Haftungsausschluß vereinbart worden wäre, bestünde regelmäßig keine gesetzliche Vorschrift, auf deren Grundlage der Dritte befugt wäre, seinen nicht leistenden Vertragspartner in Anspruch zu nehmen. Diesem wird vielmehr in den meisten Fällen die Möglichkeit offenstehen, sich auf nicht zu ver-

100) Glückert, AcP 166, 311, 328.

101) BGHZ 40, 91 ff.

102) Auf diese Zusammenhänge weist zutreffend Glückert, AcP 166, 311, 329 hin.

103) A.A. Tegethoff, BB 1964, 13, 21, der einen Ausgleich auf der Grundlage einer Drittschadensliquidation für möglich hält.

tretendes nachträgliches Unvermögen zu berufen. Damit würde auch ohne die vereinbarte Haftungsfreistellung ein ersatzfähiges koinzidierendes Haftungsinteresse¹⁰⁴⁾ nicht zur Entstehung gelangen.

Außerhalb der Fallgestaltungen, in denen sich der Schädiger als nicht ebenfalls von der Haftung freigestellter Erfüllungsgelhilfe darstellt, erlangt die Frage nach dem Vorhandensein einer Freizeichnungsklausel somit keine Bedeutung.¹⁰⁵⁾

Der Ansicht Glückerts¹⁰⁶⁾ ist also insoweit zuzustimmen, als es sich um die darüber hinaus verbleibenden Fälle handelt. Die Zulassung einer Drittschadensliquidation würde zu einer Erweiterung der Ersatzpflicht contra legem führen. Die Schäden, für die ansonsten Ausgleichsmöglichkeiten geschaffen würden, sind typischerweise solche mittelbare Schäden, die durch die Verletzung vertraglicher Forderungsrechte eines Dritten entstehen. Es ist aber gerade das mit der Begrenzung der Deliktshaftung verfolgte Ziel, solche Schäden, abgesehen von der Möglichkeit, sie im Wege über die Geltendmachung eines koinzidierenden Haftungsinteresses auf den Schädiger abzuwälzen, von einer Ersatzpflicht auszunehmen. Es ist nicht angängig, diese Entscheidung des Gesetzgebers, ohne daß ein spezielles Bedürfnis anerkannt werden könnte¹⁰⁷⁾, dadurch, daß man in diesen Fällen eine Drittschadensliquidation zuläßt, zu mißachten.

104) Etwas anderes gilt dann, wenn sich der Abnehmer vom Versorgungsunternehmen eine Garantie einräumen ließ. Das scheint auch v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 247 andeuten zu wollen. Vgl. zur Zulässigkeit einer bedingten Garantievereinbarung in diesen speziellen Fällen im weiteren Verlauf.

105) Zu pauschal deshalb v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 247, der das Vorhandensein von Freizeichnungsklauseln in den Mittelpunkt seiner Betrachtungen stellt.

106) Glückert, AcP 166, 311, 328.

107) Vgl. v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 247.

Das Zufallselement, das in den Fällen, in denen eine Drittschadensliquidation bisher anerkannt wird, stets die für ihre Zulässigkeit zumindest mitentscheidende Rolle spielt,¹⁰⁸⁾ ist hier nicht zu beobachten. Zwar ist der Haftungsausschluß für den Schädiger zufällig, doch ist es regelmäßig nicht dieser, der einen Schadenseintritt beim Verletzten und damit die Entstehung einer Ersatzpflicht verhindert; vielmehr ist das die Folge der keineswegs als Zufall anzusehenden, allgemeinen gesetzlichen Regeln der Leistungsstörungen.

Da es sich bei den infolge des Ausfalls einer Versorgungsanlage entstehenden Schäden gerade nicht um solche handelt, die sonst regelmäßig, wenn auch nach Umsetzung als koinzidieren- des Haftungsinteresse, beim Verletzten, hier also beim Versorgungsunternehmen eintreten, würde eine Anwendung der Drittschadensliquidation zu einer in ihrem Rahmen unzulässigen Risikoerhöhung für den Schädiger führen.¹⁰⁹⁾

3. Bedingte Haftungsregelungen in Versorgungsverträgen

Zur Begründung einer Ersatzpflicht verbliebe somit allein die Vereinbarung einer bedingten Garantiehafftung ausschließlich zu Lasten des Schädigers; denn auf eine generelle Verschärfung seiner Einstandspflicht, diese wäre ohne Bedenken zulässig, wird sich ein Versorgungsunternehmen wohl kaum einlassen. Da jedoch das Vorliegen einer die Anwendung der Drittschadensliquidation rechtfertigenden Ausgangslage für die meisten Fälle abgelehnt werden mußte, kann auch auf diesem Wege der Ersatz typischerweise mittelbaren Schadens nicht ermöglicht werden.

108) Siehe etwa Larenz, Bd. I, S. 327, § 27, IV b oder Esser, Bd. 1, S. 294, § 43, II.

109) Dazu, daß die Zulassung der Drittschadensliquidation im wesentlichen nicht zu einer Vervielfältigung des zu ersetzenden Schadens führen darf, vgl. z.B. Larenz, Bd. I, S. 329, § 27, IV b 2 oder Medicus S. 359, § 33, IV 6 b.

Zwar sieht man, — das zeigen die vielfältigen Versuche¹¹⁰⁾, für ihn eine Grundlage zu finden, — den Ausgleich von Vermögensschäden, die als Folge der Unterbrechung einer Versorgungsleitung bei einem Abnehmer entstanden sind, als mit dem Rechtsempfinden vereinbar an. Doch erscheint die Versagung von Ersatzansprüchen nicht als so unbillig, daß eine Durchbrechung des Haftungssystems notwendig und damit möglich wäre. Es handelt sich um einen typischen Eingriff in fremde Vertragsrechte, der auch sonst, nur weil es Billigkeitserwägungen entsprechen könnte, keine Ersatzansprüche begründet.

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, daß dagegen eine bedingte Haftungsfreizeichnung¹¹¹⁾ zulässig ist. Durch sie wird das gleiche Ergebnis erreicht, wie durch die Annahme nur relativer Wirkung genereller Haftungsfreistellungsklauseln: Der Dritte behält zumindest einen Teil seiner kraft Gesetzes bestehenden Ansprüche; der Schädiger wird nicht über das gesetzlich vorgesehene Maß hinaus belastet.¹¹²⁾

110) Vgl. etwa BGH NJW 1968, 1279 ff. zur Schutzgesetzverletzung, Tegethoff, BB 1964, 19, 21 zur Drittschadensliquidation und insbesondere Glückert, AcP 166, 311, 318 ff. zur Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

111) Die Freizeichnung gilt für die Fälle, in denen das Versorgungsunternehmen den Ausfallschaden zu vertreten hätte, ohne einen Schädiger auf Ersatz des umgesetzten Schadens in Anspruch nehmen zu können.

112) Für ihn gelten die gleichen Grundsätze, wie wenn keine Haftungsvereinbarung vorliegen würde.

IV. Gesetzlich normierte Schadensersatzansprüche eines mittelbar Geschädigten

Die bisher behandelten Schadensersatzansprüche eines Dritten, in dessen Rechtssphäre sich die Verletzung eines Erstbeeinträchtigten nachteilig ausgewirkt hatte, der also einen Drittwirkungsschaden geltend machte, hielten sich alle im Rahmen der vom Gesetz vorgegebenen, allgemeinen haftungsrechtlichen Systematik. Das gilt auch für den zuletzt behandelten Ersatzweg, also für die Geltendmachung eines koinzidierenden Haftungsinteresses.¹⁾ Auch wenn tatsächlich die Abwälzung mittelbaren Schadens auf den Schädiger im Vordergrund stand, so waren doch die jeweiligen Ansprüche, die zu diesem Zweck geltend gemacht wurden, auf den Ersatz unmittelbarer Schäden gerichtet.^{2a)} Das gilt sogar dann, wer der Dritte auf der Grundlage einer ihm vom Ersatzberechtigten abgetretenen Forderung gegen den Schädiger vorging; denn auch wenn diese seiner Befriedigung diene, so lag ihr doch nicht sein mittelbarer, sondern der unmittelbare Schaden des Ersatzberechtigten zugrunde.

Dieser Ausgangspunkt wird mit den im folgenden darzulegenden Ausgleichsmöglichkeiten verlassen. Sie sind zwar ebenfalls dazu bestimmt, an sich nicht ersatzfähigen - und damit vom Dritten als Zufall selbst zu tragenden²⁾ - mittelbaren Schaden auf den Verursacher abzuwälzen. Ihr besonderes Kennzeichen besteht jedoch darin, daß sie auf einem eigenen Schadensersatzanspruch des Dritten gegen den Schädiger selbst beruhen.

A) Der Ersatz mittelbaren Schadens im Recht der unerlaubten Handlungen

Die §§ 844, 845 BGB räumen einem Dritten, der in der Folge

1) Vgl. schon oben in diesem Abschnitt, III A, S. 110 f.

2) Es gilt der allgemeine Grundsatz "casum sentit dominus"; vgl. dazu Fikentscher S. 262, § 50, I 2.

2a) Die Belastung des eigentlichen Schädigers mit dem von ihm verursachten Schaden war nur auf dem Umweg über die Inanspruchnahme des Ersatzberechtigten möglich, dem gegenüber der Dritte unmittelbar geschädigt war.

der Verletzung bzw. Tötung einer ihm zumeist familienrechtlich³⁾ verbundenen Person einen Vermögensschaden erlitten hat, einen eigenen, von Anfang an bei ihm selbst entstehenden⁴⁾ Schadensersatzanspruch ein. Der Frage, welchen Inhalt diese Ansprüche auf Ersatz der Beerdigungskosten oder auf Ausgleich entgangener Unterhaltsleistung bzw. kraft Gesetzes zu erbringender Dienste im einzelnen haben, kann hier nicht weiter nachgegangen werden.⁵⁾ Herausgestellt werden soll hier vielmehr, und zwar insbesondere unter dem Gesichtspunkt einer eventuellen Abhängigkeit des eigenen Anspruchs des Dritten von der Schadensersatzberechtigung des unmittelbar Verletzten, die Tatsache, daß mittelbarer Schaden auszugleichen ist.

1. Die §§ 844, 845 BGB als gesetzliche Regelung von Schadensverlagerungen

In diesem Zusammenhang ist es zumindest mißverständlich, die in den §§ 844, 845 BGB geregelten Fälle als solche gesetzlich erfaßter Schadensverlagerungen im Sinne der zur Drittschadensliquidation vertretenen Ansicht⁶⁾ zu kennzeichnen.⁷⁾ Beerdigungskosten, Unterhaltsentgang und nicht erbrachte Dienstleistungen sind gerade typisch beim Dritten entstehende Schäden. Es ist daher nicht angängig, die Behauptung aufzustellen, daß es sich bei den durch die §§ 844, 845 BGB eröffneten Ersatzberechtigungen um solche Ansprüche handelt, die, würde der Erstverletzte noch leben, diesem zustünden.⁸⁾ Vielmehr würden die im Rahmen des § 844 BGB

3) Vgl. Eike Schmidt S. 608; etwas anderes kann für die Beerdigungskosten des §§ 844 Abs. 1 BGB gelten, da hier nicht nur der gesetzlich, sondern zumindest auch der vertraglich zur Tragung dieser Kosten Verpflichtete als ersatzberechtigt anzusehen ist; vgl. dazu ausführlich Staudinger-Schäfer Rdnr. 33 ff. zu § 844 mit Darstellung der Rechtslage bei nur tatsächlicher Übernahme; Enneccerus-Lehmann S. 1001, § 249, III 1; Esser, Bd. 2, S. 451, § 112, II 2 a.

4) Das ist, soweit ersichtlich, nicht bestritten; vgl. z. B. Soergel-Zeuner Rdnr. 2 zu § 844; BGB-RGRK-Kreft Anm. 1 zu § 844; Staudinger-Schäfer Rdnr. 17 zu § 844; Wussow S. 553; RGZ 55, 24, 31; 69, 186, 187; 122, 298, 305.

5) Vgl. dazu Geigel S. 205-230 und Wussow S. 553-593 unter

relevanten Schäden überhaupt nicht vorliegen; und auch die von § 845 BGB erfaßten Vermögenseinbußen - abgesehen davon, daß § 845 BGB auch für die infolge Körperverletzung und Freiheitsentziehung entgangenen Dienste Schadensersatzansprüche gewährt - können nicht bei den im Sinne der §§ 823 ff. BGB⁹⁾ Verletzten eintreten. Es handelt sich hierbei vielmehr, mit Ausnahme der Beerdigungskosten, um den mittelbaren Schaden eines Dritten, der typischerweise dadurch entsteht, daß in fremde Forderungsrechte eingegriffen wird, wobei diese nicht nur einen rechtsgeschäftlichen, sondern - wie in dem hier relevanten Zusammenhang - auch einen gesetzlichen Entstehungsgrund haben können.

Aus der Tatsache, daß keine Schadensverlagerung vorliegt, läßt sich bei einem Vergleich der Stellung der §§ 844, 845 BGB mit der der Drittschadensliquidation innerhalb der bürgerlichrechtlichen Ersatzsystematik folgende Schlußfolgerung ziehen:¹⁰⁾ Die Bedeutung der § 844, 845 BGB ist darin zu sehen, daß sie, über die durch die Drittschadensliquidation eröffneten Möglichkeiten hinaus, in

Zusammenstellung der bisher ergangenen Rechtsprechung.

- 6) Zur Bedeutung dieses Begriffs vgl. vor allem Täger S. 35 ff. und z.B. auch Larenz, Bd. I, S. 328 f., § 27, IV b 2.
- 7) So aber Fikentscher S. 266 f., § 50, II 3.
- 8) Darauf stellt aber Fikentscher S. 267, § 50, II 3 ab.
- 9) Die §§ 844, 845 BGB sind bei allen Deliktshaftungstatbeständen anwendbar; vgl. etwa Palandt-Thomas Anm. 1 b zu § 844; Soergel-Zeuner Rdnr. 3 zu § 844; Erman-Drees Rdnr. 5 zu § 844; siehe zu § 839 BGB RGZ 94, 102, 103 f. und 126, 253, 256 sowie für § 829 BGB RGZ 94, 220, 222.
- 10) Das gilt auch dann, wenn man das Vorhandensein einer Schadensverlagerung nicht als Kriterium für die Zulässigkeit der Drittschadensliquidation, sondern nur als "formalen Lösungsgesichtspunkt" ansieht, so Selb, NJW 1964, 1765, 1767, da für den hier relevanten Zusammenhang allein ihr tatsächliches Vorliegen im Falle einer zulässigen Drittschadensliquidation von Interesse ist; die rechtlichen Wertungen, die mit Hilfe des Merkmals "Schadensverlagerung" zur Begründung einer Ersatzpflicht führen sollen, können dabei außer Betracht bleiben.

typischen Fällen mittelbarer Schäden Ersatzansprüche begründen; die Feststellung einer Schadensverlagerung deutet dagegen darauf hin, daß die Drittschadensliquidation nur darüber hinweghilft, daß sich der entstandene Schaden zufälligerweise als mittelbarer Schaden darstellt, daß also in ihrem Rahmen durch Fiktion eines Schadenseintritts beim Erstverletzten die an sich bei einer derartigen Schädigung zu erwartende Anspruchslage wiederhergestellt wird.

2. Zur Abhängigkeit der Ansprüche des Dritten von der Rechtsstellung des Erstbetroffenen

Wenn die durch die §§ 844, 845 BGB eingeräumten Ersatzberechtigungen auch ursprünglich eigene Rechte des Dritten sind und somit an sich selbständig neben den dem unmittelbar Verletzten erwachsenden Ansprüchen stehen, so wird doch bei ihrer Begründung der Tatsache Rechnung getragen, daß sie von der Verletzung eines anderen abhängen. Das zeigt sich zum einen bei der direkten Anwendung des § 846 BGB. Die Ansprüche des Dritten können ihrem Umfange nach durch ein Mitverschulden des unmittelbar Verletzten beeinflußt werden.

Zum anderen entnimmt man dem § 846 BGB aber auch einen allgemeinen Rechtsgedanken: Dem Dritten können in all den Fällen keine Schadensersatzberechtigungen erwachsen, in denen der Erstverletzte, würde er diese Ansprüche geltend machen, mit seinem Ersatzverlangen abgewiesen würde.¹¹⁾ Das gilt sowohl für einen zwischen Schädiger und unmittelbar Verletztem vereinbarten Haftungsausschluß als auch für die auf ein Verhalten des Erstgeschädigten vor dem Schadensfall gestützte Einwendung der Arglist bzw. der unzulässigen Rechtsausübung oder auch für eine zulässige¹²⁾ Einwilligung

11) Vgl. Staudinger-Schäfer Rdnr. 18 zu § 844; Soergel-
Zeuner Rdnr. 2 zu § 844; Palandt-Thomas Anm. 1a zu §
844; Erman-Drees Rdnr. 2 zu § 844; BGB-RGRK-Kreft Anm.
1 zu § 844; Esser, Bd. 2, S. 452, § 112, II 2 e;
Enneccerus-Lehmann S. 1003, § 249, III; RGZ 65, 313,
318; 69, 186, 187 f.

12) Die Einwilligung in eine Tötung ist entsprechend dem
Rechtsgedanken des § 216 StGB unbeachtlich; vgl. auch
Staudinger-Schäfer Rdnr. 21 zu § 844; RGZ 66, 307, 308.

des unmittelbar Verletzten in die schädigende Handlung.¹³⁾ Daneben können auch gesetzliche Haftungsausschlüsse, die den Schädiger im Verhältnis zum unmittelbar Geschädigten begünstigen wollen, haftungsausschließende Wirkung gegenüber dem Dritten entfalten.¹⁴⁾

Anders stellt sich die Rechtslage dagegen dar, wenn der Erstverletzte nach dem Schadensereignis über seinen Schadensersatzanspruch verfügt. Die schon entstandenen Drittanprüche werden insoweit weder in ihrem Bestand noch in ihrem Umfang berührt.¹⁵⁾

Des weiteren ist von einer durch § 846 BGB oder zumindest den in ihm enthaltenen allgemeinen Rechtsgedanken bewirkte Anspruchsminderung bzw. einem auf dieser Grundlage erfolgenden Ausschluss der Fall eines eigenen Mitverschuldens und einer darauf beruhenden Einschränkung der Ersatzforderung zu unterscheiden. Ein durch das Verhalten des Dritten bedingter Wegfall des durch die §§ 844, 845 BGB begründeten Anspruchs ist nach den allgemeinen Regeln des § 254 BGB möglich.¹⁶⁾

Daß § 846 BGB dann nicht, und zwar auch nicht entsprechend über § 242 BGB¹⁷⁾, anwendbar ist, wenn der Dritte unmittelbar Geschädigter ist, wurde schon ausführlich dargelegt.¹⁸⁾

Bei der umfangmäßigen Festlegung der zu ersetzenden Schäden ist im übrigen darauf zu achten, daß einerseits die Vor-

13) Vgl. aus der Lit. etwa BGB-RGRK-Kreft Anm. 1 zu § 844 und aus der Rspr. RGZ 65, 313, 315 f.; 117, 102, 104; 128, 229, 233; BGH VersR 1961, 846, 847, jeweils zum Haftungsausschluß; RGZ 170, 311, 315 zur unzulässigen Rechtsausübung.

14) Vgl. zu § 636 RVO Staudinger-Schäfer RdNr. 23 zu § 844; Palandt-Thomas Anm. 1a zu § 844; zu § 898 a.F. RVO OLG Celle NJW 1959, 990 f.

15) Das ist ganz h.A., vgl. Palandt-Thomas Anm. 1a zu § 844; Soergel-Zeuner RdNr. 2 zu § 844; Erman-Drees RdNr. 3 zu § 844; Wussow S. 553; Geigel S. 204.

16) Vgl. etwa Erman-Drees RdNr. 3 zu § 844; RGZ 55, 24, 29 ff.; 154, 236, 240; RGJW 1939, 301, 302; BGHZ 4, 170, 174; 16, 265, 275 BGH VersR 1955, 36, 37; 1956, 373, 374; BGH FamRZ 1966, 566, 567.

schriften der §§ 844, 845 BGB nicht auf andere als die dort aufgeführten Schadensposten ausgedehnt werden dürfen,¹⁹⁾ daß aber andererseits der Erbe des Erstverletzten nur die Ansprüche aus übergegangenem Recht gegen den Schädiger geltend machen kann, die schon zur Zeit des Erbfalls entstanden waren.²⁰⁾ Das hat zur Folge, daß Schäden, die zwar auf einer beim Erstverletzten verursachten haftungsbe gründenden Rechtsverletzung beruhen, die sich aber erst nach dessen Tode, der auf das Verletzungsereignis zurückzuführen ist, entwickeln, als nicht ersatzfähige mittelbare Schäden des Erben anzusehen sind; es wird also die Begrenzung der Deliktshaftung auch dann strikt durchgeführt, wenn kraft Universalsukzession ein vollständiges Eintreten in die Rechtsposition des unmittelbar Verletzten erfolgt.²¹⁾

Die auf Grund des Ausnahmecharakters der §§ 844, 845 BGB erforderliche enge Auslegung dieser Bestimmungen,²²⁾ wie sie oben schon deutlich wurde, hat noch für zwei weitere Fragen Bedeutung. Zum einen ist, da ihre entsprechende An-

17) So aber BGHZ 56, 164, 169.

18) Vgl. etwa Esser, Bd. 2, S. 450 f., § 112, II 1 und oben in diesem Abschnitt, II A 1 f, S. 64 ff.

19) So BGB-RGRK-Kreft Anm. 2 zu § 844; Erman-Drees Rdnr. 4 zu § 844; Staudinger-Schäfer Rdnr. 4 zu § 844; Esser, Bd. 2, S. 450, § 112, II 1; RGZ 64, 344, 345; 82, 189, 191 f.; BGHZ 7, 30, 34; BGH NJW 1961, 119; BGH FamRZ 1968, 308; BGH LM Nr. 3 zu § 10 StVG; OLG Karlsruhe VersR 1955, 215.

20) Vgl. dazu z.B. BGH NJW 1962, 911; BGB FamRZ 1968, 308; BGH BB 1968, 566; vgl. auch schon RG HRR 1936, 867.

21) Vgl. zu dieser Beschränkung der Ersatzberechtigung der Erben auch schon die Prot. II bei Mugdan, Bd. II, S. 1106 f. Daraus folgt auch die Notwendigkeit einer strikten Trennung bei der Geltendmachung eigener und übergegangener Ansprüche; vgl. BGH NJW 1962, 1054, 1055.

22) Vgl. dazu auch Staudinger-Schäfer Rdnr. 4 zu § 844.

wendung auf vergleichbare Interessenlagen auszuschneiden hat, der in ihnen für ersatzberechtigt erklärte Personenkreis nicht erweiterungsfähig.²³⁾ Das erlangt insbesondere für den Schaden desjenigen Bedeutung, der kraft Vertrages berechtigt ist, von dem unmittelbar Verletzten die Leistung von Diensten zu fordern. Zum anderen sind die §§ 844, 845 BGB außerhalb des Rechts der unerlaubten Handlungen, soweit sich aus den folgenden Ausführungen nichts Gegenteiliges ergibt, grundsätzlich nicht anwendbar.²⁴⁾

B) Der Ersatz mittelbaren Schadens außerhalb des Deliktsrechts

1. Die entsprechende Anwendung der §§ 844, 845 BGB im Vertragsrecht

Der Dritte, der infolge der Verletzung eines Vertrages, aus dem er weder berechtigt noch verpflichtet ist, einen Vermögensschaden erleidet, ist grundsätzlich nicht ersatzberechtigt. Soweit es sich um Beerdigungskosten, entgangenen Unterhalt oder nicht erbrachte, auf gesetzlicher Verpflichtung beruhende Dienstleistungen handelt, machen die §§ 618 Abs. 3 BGB bzw. 62 Abs. 3 HGB eine Ausnahme von diesem Prinzip, Sie erklären die §§ 844, 845 BGB bei der Verletzung eines vertraglich zur Leistung von Diensten Verpflichteten, und zwar sowohl dann, wenn er den Grundsätzen der §§ 611 ff. BGB unterfällt, als auch dann, wenn er als Handlungsgehilfe im Sinne der §§ 59 ff. HGB anzusehen ist, durch den Arbeitgeber für entsprechend anwendbar.

Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, den § 618 Abs. 3 BGB im Rahmen einer Gesetzesanalogie auf dem Dienstvertrag ver-

23) Das ist ganz h.M.; vgl. Soergel-Zeuner Rdnr. 4 zu § 844; Staudinger-Schäfer Rdnr. 4 zu § 844; Palandt-Thomas Anm. 1a zu § 844; Erman-Drees Rdnr. 4 zu § 844; Esser, Bd. 2, S. 450, § 112, II 1; Larenz, Bd. II, S. 516, § 75, II; BGHZ 7, 30, 33 f.; BGH NJW 1961, 119; KG OLGZ 1968, 17, 18.

24) Auch das ist nicht bestritten; vgl. aus der Lit. etwa

gleichbare Schuldverhältnisse anzuwenden.²⁵⁾ Insoweit kann also im Einzelfall auch für mittelbare Schäden Ersatz verlangt werden, die in der Folge der Verletzung eines Werkvertrages²⁶⁾ oder eines Auftragsverhältnisses²⁷⁾ bzw. einer Schädigung bei der Vornahme einer lebensgefährdenden Geschäftsführung ohne Auftrag²⁸⁾ entstehen.

2. Eigenständige Anspruchsgrundlagen, die dem § 844 BGB entsprechen

Wie sich oben gezeigt hat, sind die §§ 844, 845 BGB außerhalb des Rechts der unerlaubten Handlungen grundsätzlich nicht anwendbar. Das ist die zwingende Folge ihres Charakters als Ausnahmeregelungen und muß auch für die in diesem Zusammenhang relevanten Schadensersatzansprüche auf der Grundlage der Gefährdungshaftungstatbestände gelten.²⁹⁾ Mit den §§ 3, 3a, 7 RHG, 10 ff. StVG sowie den §§ 35 ff. LuftVG und 28 ff. AtomG hat jedoch der Gesetzgeber eine dem § 844 BGB entsprechende Regelung für Beerdigungskosten und entgangenen Unterhalt geschaffen. Eine Anspruchsberechtigung des mittelbar geschädigten Dritten, die der des § 845 BGB bezüglich entzogener Dienstleistungen korrespondieren würde, existiert dagegen mit Ausnahme des § 53 Abs. 2 LuftVG nicht.³⁰⁾

Erman-Drees Rdnr. 5 zu § 844 und aus der Rspr. RGZ 112, 290, 296; RG JW 1907, 710; 1908, 9 und 449; RG HRR 1930, 2061; RG JW 1931, 1357; BGHZ 5, 62, 66; 18, 286, 289. Vgl. zu einer Anwendung im öffentlichen Recht Erman-Drees Rdnr. 5 zu § 844 oder BGB-RGRK-Kreft Anm. 3 zu § 844.

- 25) Diese Voraussetzung betonen Staudinger-Schäfer Rdnr. 14 zu § 844 und aus der Rspr. z.B. BGHZ 16, 62, 67 (vgl. auch die Nachweise in FN. 26-28).
- 26) Vgl. BGHZ 5, 62, 66 f.
- 27) Siehe dazu BGHZ 16, 265, 272.
- 28) Vgl. ausführlich Staudinger-Schäfer Rdnr. 15a zu § 844; Enneccerus-Lehmann S. 688, § 162, 4; Helm, VersR 1968, 318, 323 m.w.N.; RGZ 159, 268, 271; a.A. noch RGZ 122, 298, 305.
- 29) So ausdrücklich BGB-RGRK-Kreft Anm. 3 zu § 844.
- 30) Vgl. dazu RGZ 129, 55, 57; 139, 289, 295; RGZ 144, 67, 68.

Auch eine entsprechende Anwendung des § 845 BGB kommt insoweit nicht in Betracht. Das folgt zum einen aus der mangelnden Analogiefähigkeit dieser Bestimmung, zum anderen aber auch daraus, daß die in den Gefährdungshaftungsgesetzen normierten Drittberechtigungen als abschließende Regelungen anzusehen sind³¹⁾. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, daß gesetzgeberische Bestrebungen, zumindest für das RHG und das StVG, im Gange sind, deren Ziel es ist, durch Rückverweisung auf die §§ 844, 845 BGB eine diesen Bestimmungen entsprechende ersatzrechtliche Lage auch für die Gefährdungshaftungsgesetze zu schaffen.³²⁾

3. Der Schadensersatzanspruch des Dritten aus
§ 1298 Abs. 1 Satz 1 BGB

Auf diesen Drittanspruch, der in seiner Eigenart von allen bisher behandelten Ausgleichsmöglichkeiten abweicht, soll hier nur kurz hingewiesen werden. Die Eltern und daneben weitere für diese handelnde Personen, die im Hinblick auf ein Verlöbniß berechtigterweise Aufwendungen gemacht haben, können von dem ohne wichtigen Grund von diesem Verlöbniß Zurücktretenden insoweit Ersatz verlangen, als sich die von ihnen gemachten Aufwendungen als Schaden darstellen.³³⁾

Da auf die Frage nach der Rechtsnatur des Verlöbnisses³⁴⁾ in diesem Zusammenhang nicht weiter eingegangen werden kann, vermag hier auch keine genaue rechtssystematische Einordnung dieses Anspruchs eines Dritten vorgenommen zu werden. Eine solche ist auch aus der Entstehungsgeschichte dieser

-
- 31) Siehe hierzu Staudinger-Schäfer Rdnr. 9 zu § 844; Erman-Drees Rdnr. 6 zu § 844; BGB-RGRK-Kreft Anm. 3 zu § 844; RGZ 57, 52, 54 f.
- 32) Vgl. dazu Art. 3 Nr. 5, zu §§ 3, 3a RHG, und Art. 4 Nr. 2, zu §§ 10, 11 StVG, des Referentenentwurfs.
- 33) Es kann also nicht Ersatz für alle Aufwendungen, sondern nur für die, deren Vergeblichkeit zu einem Schaden geführt hat, verlangt werden; vgl. Erman-Bartholomeycik Rdnr. 12 zu § 1298.
- 34) Vgl. dazu Palandt-Diederichsen Einf. 1 b vor § 1297 m.w.N.

Schadensersatzberechtigung nicht ersichtlich.³⁵⁾ Es kommt dort nicht zum Ausdruck, ob es sich um einen vertraglichen³⁶⁾, deliktischen³⁷⁾ oder auf der Grundlage eines gesetzlichen Rechtsverhältnisses entstehenden³⁸⁾ Anspruch handelt.

Unter Berücksichtigung der verschiedenen Theorien, die zur Rechtsnatur des Verlöbnisses vertreten werden, kann der Ersatzanspruch des Dritten jedoch wie folgt gekennzeichnet werden: Zumindest dann, wenn man mit der herrschenden Meinung von der Vertragstheorie ausgeht, handelt es sich bei § 1298 Abs. 1 Satz 1 BGB, soweit er Dritte betrifft, um eine den ausnahmsweisen Ausgleich mittelbarer Schäden ermöglichende Ersatzberechtigung.³⁹⁾ Der Dritte ist nicht an dem "Verlöbnisvertrag" beteiligt; er bekommt gleichsam durch die Verletzung eines fremden Forderungsrechts etwas ab⁴⁰⁾.

Entsprechendes muß bei Zugrundelegung der Tatsächlichkeitstheorie gelten. Auch insoweit stellt sich die haftungsrechtliche Lage so dar, daß für einen Schaden, der an sich weder nach Vertrags- noch nach Deliktsrecht auszugleichen wäre, auf Grund gesetzlicher Normierung dennoch Ersatz verlangt werden kann.

35) Siehe Mot. IV bei Mugdan, Bd. IV, S. 2 und Prot. IV bei Mugdan, Bd. IV, S. 678 f., wo allein auf das Bedürfnis nach einem solchen Anspruch hingewiesen wird.

36) So wohl die h.M., die von der Vertragstheorie bzw. der Theorie vom familienrechtlichen Vertrag ausgeht; vgl. Staudinger-Dietz Vorbem. 17 ff., 23 ff. zu §§ 1297-1302 m.w.N.

37) Zu diesem Ergebnis kommt teilweise die Tatsächlichkeitstheorie; vgl. dazu Canaris, AcP 165, 1, 9 f.

38) So Canaris, AcP 165, 1, 10 f., der die Vertrauenshaftungstheorie aufstellt.

39) Das deutet auch Canaris, AcP 165, 1, 3 an; die innere Begründung für diese Ausnahme ergibt sich entgegen Canaris, der diese vermißt, ebenso aus Billigkeitserwägungen wie bei den §§ 844, 845 BGB. Seinem Vergleich mit der Schadensverlagerung stehen die gleichen Einwände gegenüber wie dem bei den §§ 844, 845 BGB. Es handelt sich nicht um typischerweise beim Verlobten auftretende Schäden.

40) Vgl. Esser, Bd. 1, S. 271, § 41, I, 3.

Zu einem anderen Ergebnis kann man nur dann gelangen, wenn man der Vertrauenshaftungstheorie folgt und sowohl zwischen den Verlobten als auch zwischen demjenigen, der das Verlöbnis unberechtigtweise löst, und dem Dritten, der Aufwendungen gemacht hat, ein durch Inanspruchnahme von Vertrauen begründetes gesetzliches Rechtsverhältnis annimmt,⁴¹⁾ bzw. den Dritten an dem zugrundeliegenden Verlöbnis mit einem eigenen Anspruch beteiligt.⁴²⁾ Ansonsten wäre auch bei dieser Auffassung vom Verlöbnis der Anspruch des Dritten auf den Ersatz an sich nicht auszugleichenden mittelbaren Schadens gerichtet.

41) Ob Canaris, AcP 165, 1 ff. diesen Schluß zieht, wird nicht deutlich.

42) Eine solche Drittberechtigung scheint Canaris, AcP 165, 1, 3 aber gerade abzulehnen.

V. Der Regreß; seine Bedeutung für den Ausgleich von Drittwirkungsschäden

Alle Ersatzberechtigungen, denen im bisherigen Verlauf der Arbeit nachgegangen wurde, waren dadurch gekennzeichnet, daß der Schuldner verpflichtet wurde, Schadensersatzleistungen zu erbringen. Abgesehen von der Drittschadensliquidation und dem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, die als außerhalb der eigentlichen Haftungssystematik stehend wegen ihres lückenfüllenden Charakters - sie greifen dort ein, wo die begrenzten Restitutionsmöglichkeiten des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu Unbilligkeiten führen - den Abschluß der Darstellung bilden sollen,¹⁾ sind darüber hinaus keine weiteren Schadensersatzansprüche ersichtlich.

Das bedeutet jedoch nicht, daß die bisher haftungsrechtlich nicht erfaßten Drittbeeinträchtigungen grundsätzlich keine Ersatzpflicht begründen können. Vielmehr sind neben den durch das eigentliche Schadensersatzrecht eröffneten Ausgleichsmöglichkeiten noch andere Wege denkbar, auf denen ein Dritter gegen einen Schädiger vorgehen kann. Sie lassen sich durch den Begriff des Rückgriffnehmens kennzeichnen.

A) Regreß, Schadensumsetzung und Ersatz mittelbaren Schadens

Die Befugnis, einen Schädiger als Regreßschuldner in Anspruch nehmen zu können, ist streng von der Berechtigung, einen Schadensersatzanspruch erheben zu können, zu trennen.²⁾ Dabei soll die Frage, ob die auszugleichenden Nachteile sowohl in dem einen als auch in dem anderen Fall Schäden im

1) Auf diese Rangfolge zwischen Regreß und praeter legem gebildeten Schadensersatzansprüchen weist konkludent auch Marschall v. Bieberstein S. 194 hin, wenn er ausführt, daß eine Erweiterung des heute geltenden Systems des Deliktsrechts nur dann in Erwägung gezogen werden darf, "wenn den schutzwürdigen Interessen des Dritten nicht schon auf einem vom geltenden Recht anerkannten Weg Rechnung getragen werden kann". Vgl. auch Hagen, JuS 1969, 61, 66.

2) Auf mögliche Überschneidungen wird hinzuweisen sein.

eigentlichen Sinne sind oder aber ob diejenigen, die als Folge einer freiwilligen Leistung entstanden sind und im Rückgriffswege ausgeglichen werden, einen irgendwie andersgearteten Charakter aufweisen, an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden. Auf sie wird in späterem Zusammenhang zurückzukommen sein.³⁾

1. Allgemeine Kennzeichnung des Rückgriffs

Um das Wesen der Inanspruchnahme auf der Grundlage einer Rückgriffsberechtigung zu kennzeichnen, ist auf folgende tatsächliche Fallgestaltung als Ausgangslage abzustellen: Derjenige, der zu einer Leistung verpflichtet oder zumindest berechtigt⁴⁾ ist, erbringt diese, für die ihm dadurch entstehenden Nachteile verlangt er nicht von dem Empfänger, sondern von einem Dritten Ersatz. Die Geltendmachung eines Rückgriffsanspruchs ist somit ein Unterfall des Aufwendungsersatzverlangens; sein spezifisches Merkmal ist darin zu sehen, daß er begriffsnotwendig das Vorliegen eines Dreipersonenverhältnisses voraussetzt.⁵⁾

2. Der schadensersatzrechtliche Rückgriff

Generell lassen sich zwei Rückgriffsarten unterscheiden: Zum einen gibt es den allgemeinen Rückgriff; er ist von einem Schadensereignis unabhängig. Zu beobachten ist er etwa bei der Inanspruchnahme des Hauptschuldners durch den Bürgen, der an den Gläubiger geleistet hat, oder bei dem Aufwendungsersatzverlangen des Beauftragten gegen den Auftraggeber. Die damit zusammenhängenden Fragen müssen jedoch aus den folgenden Erörterungen ausscheiden.

3) Vgl. dazu auch schon oben in diesem Abschnitt, I B, S. 44.

4) Zu einer Drittleistung eines dazu nur Berechtigten und seinen Regreßmöglichkeiten vgl. z.B. § 268 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 BGB.

5) So Medicus S. 384 f., § 35, I. Sowohl beim Aufwendungs- als auch beim Schadensersatz handelt es sich nach der gesetzlichen Anlage grundsätzlich um Regelungen eines faktisch und rechtlich zweiseitigen Verhältnisses.

5a) Verlangt z.B. der unterhaltspflichtige Vater, der für seinen vom Schädiger S verletzten Sohn die Krankenhauskosten gezahlt hat, von S Ersatz dieser Aufwendungen, so nimmt er ihn im Regreßwege in Anspruch.

Allein von Interesse ist hier vielmehr die schadensersatzrechtliche Rückgriffsbefugnis: Derjenige, der Ausgleich für die bei ihm eingetretenen Beeinträchtigungen verlangt, hat an einen Geschädigten, der seinerseits wiederum den ^{5a)} Schädiger in Anspruch nehmen kann, eine Leistung erbracht; diese Leistung dient ganz oder zumindest teilweise zur Deckung des durch die unerlaubte Handlung oder die Vertragsverletzung entstandenen Bedarfs des Geschädigten.⁶⁾

3. Regreß und Schadensumsetzung

Mit dieser Begriffsbestimmung ist auch schon angedeutet, inwiefern hier von einer Schadensumsetzung gesprochen werden kann. Der beim Leistungsempfänger eingetretene Schaden verschiebt sich insoweit auf den Dritten, als dieser Zuwendungen macht. Die in der Folge der Erstverletzung erbrachte oder dennoch ⁷⁾ erbrachte Leistung hat, zumindest de facto - ob das auch de jure gilt, ob also eine Vorteilsanrechnung stattfindet oder Erfüllung der zweiten Verbindlichkeit anzunehmen ist, ist eines der im weiteren Verlauf der Arbeit im Mittelpunkt stehenden Probleme - den Schaden des Empfängers gemindert oder beseitigt. Dazu korrespondierend ist im Vermögen des Rückgriffsberechtigten eine nachteilige Entwicklung zu verzeichnen.

Damit im Zusammenhang steht ein weiteres Charakteristikum der Regreßfälle. Im Gegensatz zu den bisher behandelten Drittschädigungen, ~~eine noch aufzugreifende Ausnahme kann~~ unter Umständen bei der Geltendmachung eines koinzidierenden Haftungsinteresses zu beobachten sein, ~~stellt sich der~~ Drittwirkungsschaden hier nicht als das selbständige Fortwirken eines Verletzungsereignisse dar, bei dem zwar die Erstverletzung in der Verursachungskette ihren Platz hatte, dagegen der beim Erstbetroffenen eingetretene Schaden in seiner spezifischen Ausprägung keinen Einfluß auf die Zweit-

6) Vgl. hierzu etwa Selb, Studie, S. 11.

7) Damit soll auf die Fälle der Fortzahlung von Bezügen hingewiesen werden. Eine Entscheidung der Frage, ob die Lohnfortzahlung Folge der Verletzung ist oder ob der Lohn trotz Verletzung fortgezahlt wird, soll damit nicht vorweggenommen werden. Vgl. dazu hier schon Selb, Studie, S. 56 ff.

beeinträchtigung zu haben brauchte. Welcher Schaden beim Dritten eintrat, hing allein von der Gestaltung seiner Rechtsphäre ab. Die Zubilligung eines Schadensersatzanspruchs an den Dritten, ausgenommen der ausnahmsweise Ersatz mittelbaren Schadens und die Abwälzung eines Drittschadens durch die Geltendmachung eines Koinzidenzinteresses, beruhte auf der Feststellung einer Ausgangslage, die der beim Schadensersatzanspruch im Zweipersonenverhältnis entsprach.⁸⁾ Die Erstverletzung hatte allein die Bedeutung einer - auswechselbaren - Zwischenursache für die Zweitbeeinträchtigung.

In den hier zu klärenden Fällen einer Regreßberechtigung hat diese Erstverletzung dagegen eine weitergehende Bedeutung. Sie ist eine nicht durch einen anderen Kausalfaktor ersetzbare Zwischenursache. Insoweit zeigen sich die spezifischen Auswirkungen der dem Regreß zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse. Für die Ersatzfähigkeit des beim Schockgeschädigten eingetretenen Schadens ist es nicht unbedingt erforderlich, daß gerade ein naher Angehöriger verletzt wird. Die in der Lohnfortzahlung liegenden Beeinträchtigungen eines Arbeitgebers, für die er Ausgleich zu erlangen sucht, können dagegen gerade nur als Folge einer Verletzung eines vertraglich zu Dienstleistungen Verpflichteten, dagegen nicht als die z.B. einer Sachbeschädigung eintreten.

Als Folge dieser so weitgehenden Abhängigkeit der Zweitbeeinträchtigung von der Erstverletzung ist insbesondere zu beachten, daß auch der Umfang der beim Leistenden eintretenden Nachteile ausschließlich durch die Höhe des Schadens bedingt ist, den der Erstverletzte erleidet.⁹⁾ Daß

8) Dazu, daß bei der Suche nach Regreßmöglichkeiten eine isolierte Betrachtung des jeweiligen Zweipersonenverhältnisses nicht angängig ist, vgl. Marschall v. Bieberstein S. 195.

9) Darauf, daß der im Rückgriffsweg zu ersetzende Nachteil des Drittleistenden aus der Person der Verletzten errechnet wird, weist auch Selb, Studie, S. 54 hin. Für "vorsorgende" Drittleistungen erscheint dies als selbstverständlich; das gilt aber z.B. auch für den Gesamtschuldnerregreß. Der zahlende Gesamtschuldner erleidet in der Höhe, in der an sich der Schaden des Verletzten vom anderen Schuldner verursacht wurde, einen fremdverursachten Nachteil; in diesem Umfang kann er Rückgriff

dabei z.B. in den Lohnfortzahlungsfällen der Schaden des Erstverletzten von der an sich gleichen Leistung bestimmt wird, für die im Rückgriffswege Ausgleich verlangt wird, ist unerheblich. Allein entscheidend ist vielmehr, daß derjenige, der einen Regreßanspruch geltend macht, einen Schaden, für den auch ein anderer einzustehen hat, auf Grund einer irgendwie gearteten Deckungsbereitschaft, wobei auch freiwilliges Handeln eingeschlossen sein muß¹⁰⁾, tatsächlich trägt.

4. Die Einordnung in das haftungsrechtliche System

Es fragt sich jedoch, ob durch die Zubilligung von Rückgriffsansprüchen nicht gegen den Zweck der Begrenzung der Deliktshaftung verstoßen wird, damit also der grundsätzlichen Versagung von Ersatzansprüchen bei mittelbaren Schäden zuwider gehandelt wird. Denn wenn man hier im Verhältnis zwischen Schädiger und Drittem überhaupt einen Schaden annehmen kann, dann wird es sich dabei regelmäßig um einen mittelbaren handeln.¹¹⁾ Es muß dann nach einer Begründung für die dennoch zugebilligten Regreßmöglichkeiten gesucht werden.

a) Drittleistungen als Schaden

Die Nachteile des Dritten, die durch die bedarfsdeckenden Zuwendungen an den Verletzten verursacht sind, stellen sich diesem Empfänger gegenüber nicht als Schäden dar. Vielmehr sind sie von seinem Standpunkt aus allein als die Folgen der Erfüllung eigener Verbindlichkeiten des Leistenden oder, für den Fall, daß die Leistungen freiwillig, jedoch ohne Verzicht auf einen Rückgriff erbracht werden¹²⁾, der Zahlung auf eine fremde Schuld, nämlich die

nehmen; insoweit ist die jeweils an sich dem Erstgeschädigten gegenüber zu verantwortende Schadensquote maßgebend.

10) Ob in allen diesen Fälle eine Rückgriffsmöglichkeit besteht, ist eine andere Frage; vgl. dazu Larenz, Bd. I, S. 386, § 32, II.

11) So stehen dem Arbeitgeber bei einer Verletzung eines Arbeitnehmers regelmäßig keine eigenen Schadensersatz-

des eigentlichen Schädigers anzusehen. Daß aber die Aufwendungen zur Erfüllung einer Verbindlichkeit, die gleichzeitig zu einem Freiwerden des Verpflichteten führen, dem Berechtigten gegenüber als Schaden des Leistenden erscheinen, wird man wohl nicht behaupten können. Das gilt sowohl für die Nachteile des den Lohn fortzahlenden Arbeitgebers, diese sind auf die Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen zurückzuführen, als auch für die des auf volle Zahlung in Anspruch genommenen Gesamtschuldners oder des nur sekundär, aber dennoch zur Deckung des Gesamtschadens verpflichteten Schädigers; insoweit entstehen sie durch die Erfüllung auf Schadensersatzleistungen gerichteter Verbindlichkeiten. Darüber hinaus ist zu bedenken, daß zumindest "versorgende" Dritteleistungen in der Regel durch vorher erbrachte Gegenleistungen des Geschädigten erkaufte sein werden.

Im Gegensatz dazu stellen sich die Nachteile des Dritten dem Schädiger gegenüber als Schäden dar. Insoweit steht nicht der Gesichtspunkt der Erfüllung einer Leistungspflicht, sondern die Begründung oder Aktualisierung einer Verbindlichkeit gegen den Willen des Dritten im Vordergrund. Vom Standpunkt des Schädigers aus handelt es sich daher um - regelmäßig mittelbare - Schäden im eigentlichen Sinne.¹³⁾ Insoweit ist das Element der Unfreiwilligkeit und des Erleidens, wie es für den Schaden charakteristisch ist, in vollem Umfange feststellbar.

b) Regreß als zulässiger Ausgleich mittelbaren Schadens

In dem Ersatz dieser mittelbaren Schäden, der durch die im folgenden in ihren Einzelheiten darzustellenden Regreßbe-

ansprüche wegen des fortgezahlten Lohns zu; vgl. dazu Marschall v. Bieberstein S. 39, 63 f. mit ausführlichen Rechtsprechungshinweisen.

12) Siehe dazu Larenz, Bd. I, S. 386, § 32, II.

13) Das wird, soweit ersichtlich, nicht angezweifelt; vgl. z.B. BGHZ 7, 30 ff.; der Bundesgerichtshof geht in dieser Entscheidung eindeutig von einem Schaden des Lohnfortzahlenden aus.

rechtigungen ermöglicht wird, kann keine unzulässige Umgehung des mit der Begrenzung der Deliktshaftung verfolgten gesetzgeberischen Zwecks gesehen werden.¹⁴⁾ Denn für den Schädiger tritt, wie noch zu zeigen sein wird, bei keinem der für zulässig gehaltenen Rückgriffswege eine Vervielfältigung der ihn aus der ersten Schädigung treffenden Belastungen ein.¹⁵⁾ Im Regreßwege kann kein weiterer Schaden geltend gemacht werden als derjenige, der einmal beim Verletzten eingetreten ist und sich ganz oder teilweise¹⁶⁾ auf den Ausgleichsberechtigten umgesetzt hat. Der weitere außerhalb der Drittleistung eingetretene Schaden, also z.B. ein Produktionsausfall beim Lohnfortzahlenden, kann im Regreßwege nicht ersetzt verlangt werden.¹⁷⁾ Im Verhältnis zum Schädiger ändert sich also nicht die Schadenshöhe, sondern es wechseln allein die Anspruchsteller und unter Umständen die Anspruchsgrundlagen.¹⁸⁾ Das gilt auch in den Fällen, in denen trotz Drittleistung der Schadensersatzanspruch des Erstgeschädigten bestehen bleibt, denn dann dient eben dieser Anspruch dem Dritten als Rückgriffsgrundlage.

Die Zubilligung von Regreßberechtigungen neben den gesetzlich geregelten Rückgriffsmöglichkeiten, daß letztere zulässig sind, kann keinem Zweifel unterliegen, und ihre Geltendmachung stellen somit kein unzulässiges Gebrauchmachen von an sich gegebenen Gestaltungsmöglichkeiten dar, wie das oben¹⁹⁾ für die bedingte Garantie-

14) Vgl. dazu auch Selb, Studie, S. 54.

15) Darauf weist auch Marschall v. Bieberstein S. 30 hin.

16) Das ist dann der Fall, wenn nur eine begrenzte Deckungspflicht besteht.

17) Der Ersatz dieses Schadens regelt sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Tritt er daher als Folge der Verletzung eines Arbeitnehmers ein, ist er in der Regel nicht auszugleichen. Es liegt weder ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vor, vgl. BGHZ 7, 30, 35 f. und v. Altrock S. 31 ff., noch sind Schutzgesetze ersichtlich, vgl. Marschall v. Bieberstein S. 39, noch ist der Arbeitgeber durch die Verletzung seines Organs Arbeitnehmer in seiner eigenen Person verletzt, vgl. BGHZ 7, 30, 36 unter Hinweis auf RGZ 61, 293, 295 und RGZ 82, 189, 191.

18) Letzteres ist z.B. bei einem Rückgriff nach den §§ 812 ff. BGB der Fall.

19) Vgl. in diesem Abschnitt, III D 1 b, S. 128 ff.

vereinbarung im Rahmen des Ersatzes eines koinzidierenden Haftungsinteresses angenommen werden mußte. Denn dort sollte, einseitig zu Lasten des Schädigers, ein typischerweise nicht auszugleichender Schaden eines Dritten neben dem eigenen Schaden des Verletzten ersatzfähig gemacht werden. Anders konnte die Wirksamkeit gegenüber dem Schädiger nur dort beurteilt werden, wo ausschließlich die Schaffung einer Regreßmöglichkeit beabsichtigt war; insoweit gelten die allgemeinen Überlegungen, die oben für die Begründung formaleinwandfreier, einem Rückgriff dienender Rechtspositionen angeführt wurden.²⁰⁾

B) Die Geltendmachung eines koinzidierenden Haftungsinteresses zum Zwecke des Rückgriffs

Bevor im folgenden auf die im einzelnen anzuerkennenden Rückgriffsberechtigungen einzugehen ist, soll die Aufmerksamkeit noch einmal auf Ersatzmöglichkeiten gelenkt werden, die mit der Geltendmachung eines koinzidierenden Haftungsinteresses verbunden sein können. Schön oben²¹⁾ wurde angedeutet, daß auch ihnen eine den Rückgriff ermöglichende Funktion zukommen kann, wobei dann jedoch nicht mehr das Abwälzen eines mittelbaren Schadens auf den eigentlichen Verursacher im Vordergrund steht, sondern der vom Ersatzberechtigten erstrebte Ausgleich der Nachteile, die durch die von ihm erbrachten Leistungen hervorgerufen sind.

1. Der beschränkte Anwendungsbereich

Dieser Rückgriffsweg darf jedoch in seiner praktischen Bedeutung nicht überschätzt werden. Zwar genügt es als Ausgangslage für einen schadensersatzrechtlichen Rückgriff, daß zwei Leistungspflichten auf die Deckung des gleichen infolge einer schädigenden Handlung entstandenen Bedarfs gerichtet sind.²²⁾ Da sich jedoch im Verhältnis zwischen

20) Vgl. dazu Marschall v. Bieberstein S. 291 FN. 33. Ob dieser Rückgriffsweg heute noch praktische Bedeutung hat, ist eine andere Frage. Wenn ihn die Parteien jedoch einmal vereinbart haben, wird man ihm den Vorrang vor anderen Regreßmöglichkeiten, auch wenn diese an sich herangezogen werden könnten, einzuräumen haben.

21) Vgl. in diesem Abschnitt, III C 4, S. 126 f.

22) Siehe dazu Selb, Studie, S. 11.

Schadensersatz- und sonstigen Leistungspflichtigen die Nachteile der Drittleistenden regelmäßig als mittelbare Schäden darstellen, somit grundsätzlich, von der Ausnahme des § 826 BGB oder dem zufälligen Bestehen eines vertraglichen Anspruchs sei hier abgesehen, keine Schadensersatzansprüche gegeben sind, kommt insoweit ein Rückgriff, der durch den Ersatz eines koinzidierenden Haftungsinteresses erfolgt, nicht in Betracht.²³⁾

Er erlangt vielmehr nur dann Bedeutung, wenn der Leistungsempfänger sowohl dem eigentlichen Schädiger als auch dem Drittleistenden gegenüber als unmittelbar Geschädigter anzusehen ist. Aber auch in diesen Fällen des Zusammentreffens zweier auf die Deckung eines Schadens gerichteter Forderungen wird, da es häufig an einem Schadensersatzanspruch im Verhältnis der Schädiger zueinander fehlen wird, der Ausgleich eines Koinzidenzinteresses und damit ein auf seiner Grundlage stattfindender Regreß nur selten möglich sein.

2. Der Hauptanwendungsfall

Bedeutung erlangt die Geltendmachung eines Koinzidenzinteresses zum Zwecke des Rückgriffs nur dann, wenn ein Geschäftsherr, der für das schädigende Verhalten seines Gehilfen einzustehen und der deshalb dem Verletzten Ersatz geleistet hat, von dem eigentlichen Verursacher, z.B. auf der Grundlage einer schuldhaften Arbeitsvertragsverletzung, Ausgleich für die bei ihm entstandenen Vermögenseinbußen verlangt.²⁴⁾ Besondere Beachtung kommt dabei folgender Fall-

23) Anders stellt sich die Rechtslage dagegen dann dar, wenn der Anspruch auf Ersatz eines koinzidierenden Haftungsinteresses an den Drittleistenden abgetreten wird. Vgl. dazu das unter A 4 b, S.162 zur bedingten Garantievereinbarung Ausgeführte. Insoweit liegt jedoch ein Rückgriff im eigentlichen Sinne nicht vor. Da nämlich z.B. die auf diese Weise ersetzbaren Stellvertreterkosten nicht eigentlich Folgen der Deckungspflicht sind, kommt ihrem Ersatz, der sich an sich als Abwälzung mittelbaren Schadens darstellt, nur rückgriffsgleiche Wirkung zu.

24) Vgl. dazu oben in diesem Abschnitt, III C 2 b und c, S. 124 ff.

gestaltung zu: Ein Erfüllungsgehilfe haftet für den von ihm verursachten Schaden nach Deliktsgrundsätzen, der Geschäftsherr dagegen allein wegen Vertragsverletzung. Nach § 840 BGB kann ein Gesamtschuldverhältnis nicht festgestellt werden.²⁵⁾ Insoweit vermag, abgesehen von der Möglichkeit, daß nach den allgemeinen Grundsätzen eine gesamtschuldnerische Haftung und damit die durch sie eröffneten Rückgriffsbefugnisse vorliegen²⁶⁾, der in der Geltendmachung eines Koinzidenzinteresses liegenden rückgriffsmäßigen Wirkung ausschlaggebende Bedeutung zuzukommen.

3. Regreß und Abwälzung mittelbaren Schadens auf den eigentlichen Schädiger

Die mit der Ersatzfähigkeit eines Koinzidenzinteresses eröffnete Möglichkeit, im Rückgriffswege gegen einen Ersatzpflichtigen vorzugehen, darf nicht mit der zweiten Funktion, verwechselt werden, die dem Ausgleich eines koinzidierenden Haftungsinteresses zukommen kann, nämlich der Abwälzung auch mittelbarer Schäden auf den eigentlich für sie Verantwortlichen. Im letzteren Fall liegt keine echte Rückgriffsproblematik vor; die Deckungspflichten des Schädigers und des Ersatzberechtigten sind nicht auf den gleichen Bedarf einer Person gerichtet.²⁷⁾ Gesucht wird hier nicht

25) Auf ein Zusammentreffen von deliktischer und vertraglicher Haftung ist § 840 BGB zumindest nicht direkt anwendbar; vgl. z.B. Erman-Drees Rdnr. 4 zu § 840; Soergel-Zeuner Rdnr. 9 zu § 840; Staudinger-Schäfer Rdnr. 29 zu § 840; Palandt-Thomas Anm. 2 b zu § 840; RGZ 84, 415, 430.

26) Vgl. dazu Soergel-Zeuner Rdnr. 9 zu § 840; Erman-Drees Rdnr. 4 zu § 840; Staudinger-Schäfer Rdnr. 30 zu § 840; RGZ 77, 317, 323; 92, 401, 408; BGHZ 6, 3, 19, 25; BGH LM Nr. 8, 9 zu § 426 BGB; BGH VersR 1969, 737, 738.

27) Vgl. dazu Esser, Bd. 1, S. 445, § 59, IV; Marschall v. Bieberstein S. 34; Selb, Studie, S. 11.

nach einer Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen zwei Verpflichteten, wie es für das Auftreten der Rückgriffsproblematik kennzeichnend ist,²⁸⁾ sondern nach einer Begünstigung des Dritten. Wird also der Schaden einer Gesellschaft²⁹⁾, eines Arbeitgebers oder eines sonst deckungspflichtigen Dritten, der über die durch die Drittleistung entstandenen Nachteile hinausgeht, durch Abschluß einer unbedingten Garantievereinbarung ersetzbar gemacht, so handelt es sich dabei um das für den mittelbar Geschädigten vorteilhafte Zusammenspiel schadensersatzrechtlicher Befugnisse, jedoch nicht um spezifische Rückgriffsfragen.³⁰⁾ Wird dieser Zweck dagegen mit einer bedingten Garantievereinbarung verfolgt, so ist sie, die im Rahmen anerkannter Regreßzwecke für zulässig zu erachten ist, dem Schädiger gegenüber nicht wirksam, da sie zu einer vom Gesetz versagten und auch dem echten Rückgriff fremden Schadensvervielfältigung führt.

Da der Rückgriff durch Geltendmachung eines auf Ausgleich des Koinzidenzinteresses gerichteten Schadensersatzanspruchs allein auf schadensersatzrechtlichen Erwägungen beruht, wird im folgenden mangels rückgriffsspezifischer Problematik nicht weiter darauf einzugehen sein. Anders die ebenfalls schon im bisherigen Verlauf der Arbeit angesprochenen Rückgriffsmöglichkeiten über die §§ 840 i.V.m. 426 BGB; von ihnen wird wegen ihrer weitreichenden Bedeutung noch die Rede sein. Von dem hier dargestellten Regreßweg unter-

28) So ausdrücklich Larenz, Bd. I, S. 380, § 32; Selb, Studie, S. 11; vgl. auch Medicus S. 385, § 35, I.

29) Vgl. zu diesen Ausgleichsmöglichkeiten bei eigenen Schäden einer Gesellschaft Marschall v. Bieberstein S. 128 ff.

30) Insoweit ist also darauf zu achten, daß nicht für alle Schäden, die Marschall v. Bieberstein S. 32 als Reflexschäden erfaßt, sondern nur für solche, die infolge einer bedarfsdeckenden Leistung eintreten, ein Ersatz im Rückgriffswege in Betracht gezogen werden kann; das macht auch Marschall v. Bieberstein (vgl. z.B. S. 186) deutlich. Deshalb sollte man, zumindest in Verbindung mit einer Regreßberechtigung, den umfassenden Begriff des Reflexschadens vermeiden.

scheiden sie sich dadurch grundlegend, daß sie, wenn ein Gesamtschuldverhältnis feststellbar ist, keine speziellen Anforderungen an das Innenverhältnis zwischen dem Schädiger und demjenigen, der einen Rückgriffsanspruch geltend macht, stellen.³¹⁾

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß mit Hilfe des hier behandelten Rückgriffswegs die angesprochene Spannungslage zwischen den Deckungspflichtigen zu Lasten des eigentlichen Schädigers und damit zugunsten desjenigen gelöst werden kann, der - zumindest im Innenverhältnis³²⁾ der Schädiger - in Vorlage tritt.

Das Streben nach einer gerechten Lastenverteilung kennzeichnet auch die im folgenden zu erörternden Regreßmöglichkeiten. Im Mittelpunkt steht dabei die Frage, wer im Ergebnis "näher daran ist, einen Schaden" oder, wie im Rahmen des Gesamtschuldverhältnisses, Teile eines Schadens "in letzter Linie zu tragen".³³⁾

C) Der gesetzliche Forderungsübergang zur Begründung einer Rückgriffsberechtigung

Mit der Anordnung einer cessio legis hat der Gesetzgeber die Frage nach der endgültigen Schadenstragungspflicht ent-

-
- 31) Für § 840 BGB ist daher z.B. auch Nebentäterschaft ausreichend; vgl. etwa Palandt-Thomas Anm 2a zu § 840 oder Soergel-Zeuner Rdnr. 6 zu § 840; RGZ 96, 224, 225; BGHZ 17, 214, 221; 30, 203, 208; BGH MDR 1964, 135.
- 32) Ein auf das Innenverhältnis beschränktes in Vorlage Treten liegt vor, wenn die Schädiger als Gesamtschuldner haften, denn diese sind im Außenverhältnis gleichrangig verpflichtet; es wird sich regelmäßig (vgl. aber § 840 Abs. 2 BGB) auf einen Teil des Schadens beschränken. Eine vorläufige Schadensdeckung auch im Außenverhältnis wird man dagegen bei der Inanspruchnahme eines nachrangigen Schädigers und bei "versorgenden" Dritteleistungen anzunehmen haben; vgl. Larenz, Bd. I, S. 442, § 37, III; im übrigen wird auf diese Zusammenhänge zurückzukommen sein.
- 33) Vgl. dazu Larenz, Bd. I, S. 384, § 32, II.

schieden: Nicht der die Drittleistung erbringende Sozialversicherungsträger oder Sachversicherer bzw. der Gesamtschuldner, der über den von ihm verursachten Schaden hinaus Ersatz leistet, sondern der Schädiger soll mit dem ihm zurechenbaren Schaden belastet werden.

1. Der gesetzliche Forderungsübergang bei Drittleistungen

Dem Inhalt der einzelnen insoweit einschlägigen Bestimmungen, also z.B. der §§ 1542 RVO, 67 VVG, 87a BBG oder 4 Lohnfortzahlungsg³⁴⁾, soll hier nicht weiter nachgegangen werden. Für die Darstellung sind allein die hinter diesen Bestimmungen stehenden Grundentscheidungen von Bedeutung.

a) Die gesetzgeberische Grundentscheidung

Der Zweck der Drittleistungen, deren Ausgleich diese Bestimmungen erfassen, ist dahingehend anzunehmen, dem Geschädigten eine möglichst weitgehende Deckung des Bedarfs zukommen zu lassen, der ihm durch das schädigende Ereignis entstanden ist, und ihm das Risiko abzunehmen, das mit der Durchsetzung der Ersatzansprüche gegen den Schädiger verbunden ist.³⁵⁾ Dem würde es nicht gerecht, dem Geschädigten die Ansprüche auf Drittleistung und Schadensersatz zu belassen.³⁶⁾

Die Anordnung einer Legalzession ist ein Weg, dies zu vermeiden und gleichzeitig dem Drittleistenden eine Ausgleichsmöglichkeit zu eröffnen. Sie trägt dem Vorschußcharakter³⁷⁾ der zu ersetzenden Drittleistungen Rechnung und ermöglicht eine Risikoverlagerung vom Geschädigten auf den Leistenden.

34) Siehe hierzu auch die Zusammenstellungen bei Stadinger-Schäfer Rdnr. 106 zu § 843, Rother S. 233 oder v. Altrock S. 52.

35) Das betonen Soergel-R. Schmidt Rdnr. 63 zu §§ 249-253; Larenz, Bd. I, S. 365, § 30, II c; Marschall v. Bieberstein S. 207 f.; Thiele, AcP 167, 193, 213; BGHZ 9, 179, 186.

36) Larenz, Bd. I, S. 365, § 30, II c; etwas anderes kann unter Umständen für die Gehaltsfortzahlung an Angestellte gelten.

37) Vgl. zu dieser Charakterisierung Marschall v. Bieberstein S. 208.

Eine ungerechtfertigte Begünstigung des Geschädigten wird unterbunden.³⁸⁾ Daneben verhindert der bloße Gläubigerwechsel eine Besser- oder auch Schlechterstellung des Schädigers.³⁹⁾

b) Die Entscheidung über die Vorteilsanrechnung

Die einen gesetzlichen Forderungsübergang anordnenden Bestimmungen enthalten daneben für ihren Anwendungsbereich eine endgültige Aussage zu einer Frage, die auch in anderen als den dort geregelten Fällen eines Zusammentreffens von Leistungspflichten, insbesondere von Schadensersatz- und Drittleistungspflichten, einer Antwort bedarf. Es könnte nämlich fraglich sein, ob nicht der in der Drittleistung liegende Vorteil auf den Schaden anzurechnen ist und ihn somit zum Wegfall bringt.⁴⁰⁾ Der Gesetzgeber hat sich jedoch mit der Anordnung einer cessio legis praktisch⁴¹⁾ gegen eine Vorteilsanrechnung entschieden.⁴²⁾ Denn welche

38) So Staudinger-Werner Vorbem. 19 zu §§ 249-255; Soergel-R. Schmidt Rdnr. 63 zu §§ 249-253; BGHZ 9, 179, 186.

39) So ausdrücklich Medicus S. 385, § 35, I 1a.

40) Auf die umfassende Problematik der Vorteilsausgleichung kann hier nicht näher eingegangen werden; vgl. z.B. Staudinger-Werner Vorbem. 102 ff. zu §§ 249-255; Esser, Bd. 1, S. 338 ff., § 48; Cantzler, AcP 156, 29 ff.; zur Entwicklung der Rechtsprechung Esser, MDR 1957, 522 ff.; siehe auch die ausführlichen Rechtsprechungshinweise bei Rother S. 223 FN. 7.

41) Vgl. zur theoretischen Möglichkeit Rother S. 233.

42) Das ist allgemeine Ansicht (zu §§ 87a BBG und 4 Lohnfortzahlungsg vgl. unten); vgl. Staudinger-Werner Vorbem. 109 zu §§ 249-255; Erman-Sirp Rdnr. 81 zu § 249; Larenz, Bd. I, S. 385, § 30, II c; Marschall v. Bieberstein S. 206; Thiele, AcP 167, 193, 213 f.; siehe aber auch S. 216, wo er die Entstehung eines Vorteils in den Fällen einer cessio legis überhaupt leugnet; dazu aber Esser, Bd. 1, S. 339 f., § 48, I 3 von einer Schadensfiktion spricht dagegen v. Altrock S. 52; dazu aber Selb, Studie, S. 67.

Bedeutung sollte der Normierung eines gesetzlichen Forderungsübergangs noch zukommen, wenn die zu übertragende Anspruchsberechtigung mangels ausgleichspflichtigen Schadens nicht mehr bestünde.⁴³⁾ Die durch eine Legalzession bezweckte Begründung einer Rückgriffsmöglichkeit setzt vielmehr das Bestehen einer Forderung voraus, die trotz Drittleistung auf Ersatz des eigenen Schadens des Verletzten gerichtet ist.

Dieses grundsätzliche Außerachtlassen der in den Drittzuwendungen liegenden Vorteile beschränkt sich auch nicht auf die erst aus Anlaß des Schadensereignisses erbrachten Leistungen. Es erstreckt sich vielmehr auch auf die Fälle, in denen die Anordnung eines gesetzlichen Forderungsübergangs dazu dient, einen rückgriffsweisen Ausgleich der Nachteile zu ermöglichen, die durch die Weiterentrichtung laufender Bezüge entstehen.⁴⁴⁾ Auch dann, wenn der Beamte oder Arbeiter den Anspruch auf Bezahlung trotz Nichterbringens der von ihm geschuldeten Dienstleistung infolge einer fremdverursachten Verletzung nicht verliert, muß von der Entstehung eines Verdienstausfallschadens in seiner Person ausgegangen werden.⁴⁵⁾ Ob sich diese auf Wertungen beruhende Nichtberücksichtigung der Gehaltsfortzahlung auf die Regeln über die Vorteilsausgleichung stützt oder auf

43) Vgl. dazu Staudinger-Werner Rdnr. 109 zu §§ 249-255, der die Annahme einer inhaltslosen gesetzlichen Zession ablehnt.

44) Vgl. dazu §§ 87a BBG und 4 Lohnfortzahlungsgesetz.

45) Das wird man heute als h.M. anzusehen haben; vgl. z.B. Staudinger-Werner Vorbem. 109 zu §§ 249-255; Erman-Sirp Rdnr. 81 zu § 249; Soergel-R.Schmidt Rdnr. 63 f. zu §§ 249-253; BGB-RGRK-Nastelski Anm. 84 f. vor §§ 249-255; Fikentscher S. 304, § 55, V 4; Marschall v. Bieberstein S. 206, 203 f.; Selb, Studie, S. 67; Ehmann S. 291; Thiele, AcP 167, 193, 213 ff.; OLG Stuttgart VersR 1964, 690. Die Entstehung eines eigenen Schadens bei Fortzahlung laufender Bezüge, anders für die Erbringung von Versorgungsleistungen und die cessio legis nach § 87a BBG, leugnen Larenz, Bd. I, S. 368, § 30, II d; anscheinend Esser, Bd. 1, S. 339, § 48, I 1 i.V.m. S. 296 f., § 43, II 5a; Kollhosser, AcP 166, 277, 309; Walser, VersR 1961, 106 mit beamtenrechtlichen Bedenken.

einer sonstigen Einführung normativer Elemente in die Differenzhypothese beruht, kann hier noch dahinstehen.⁴⁶⁾ Festzuhalten ist allein, daß auch im Rahmen des § 87a BBG und des § 4 Lohnfortzahlungsgesetz eine Verrechnung der Drittleistungen nicht stattfindet.

Zur Begründung sei hier nur auf folgendes hingewiesen: Der Gesetzgeber hat sich bei der Normierung dieser cessionis-Tatbestände den Erwägungen angeschlossen, die vom Bundesgerichtshof herangezogen wurden, um festzustellen, ob in der Person des Verletzten bei der Gehaltsfortzahlung an Angestellte nach den §§ 616 Abs. 2 BGB, 63 Abs. 1 HGB und 113 c Abs. 2 GewO ein übergangsfähiger Anspruch auf Ersatz eigenen Verdienstausschlagschadens entsteht.⁴⁸⁾ Da dieser Rechtsprechung, die trotz Fortzahlung der Bezüge einen Schaden annimmt, auch heute noch - zumindest im Ergebnis - zuzustimmen ist, haben sich auch die dogmatischen Vorstellungen des Gesetzgebers nicht als verfehlt erwiesen.⁴⁹⁾ Ihr Ersatz durch andere Prinzipien, etwa die der Drittschadensliquidation, kann nicht befriedigen. Auf die Diskussion um die mit der Lohnfortzahlung an Angestellte zusammenhängenden Fragen und den möglichen Regreßweg wird im übrigen zurückzukommen sein; die kurze Vorwegnahme des Ergebnisses muß in diesem Zusammenhang genügen.

Zusammenfassend ist damit festzustellen, daß sowohl in den Fällen, in denen Gehälter an Angestellte forgezahlt werden, als auch in denen, die von den §§ 87a BBG und 4 Lohnfortzahlungsgesetz erfaßt werden, unter den als übergangsfähig

46) Vgl. dazu Selb, Studie, S. 67 und Marschall v. Bieberstein S. 202 ff., sowie die gleichlaufenden Überlegungen bei der Gehaltsfortzahlung an Angestellte.

47) Für ihn ausschlaggebend waren die Entscheidungen BGHZ 7, 30 ff. und 21, 112 ff.

48) Vgl. Kollhosser, AcP 166, 277, 309; Walser, VersR 1961, 106.

49) So aber Kollhosser, AcP 166, 277, 309.

erfaßten Schadensersatzansprüchen die Ansprüche des verletzten Dienstpflichtigen auf Ersatz seines Verdienstausfallschadens gemeint sind, die infolge wertender Schadensfeststellung, die die weitergezahlten Bezüge aus der Differenzrechnung ausscheiden läßt, fortbestehen. Die Annahme, es werde ein Anspruch auf Ersatz des beim Deckungspflichtigen eingetretenen Drittschadens an diesen abgetreten, ist in beiden Fällen abzulehnen.⁵⁰⁾ Die diese Entscheidung tragenden Gründen werden bei der Darstellung der Lohnfortzahlung an Angestellte zu erörtern sein.

2. Der gesetzliche Forderungsübergang nach § 426 Abs. 2 BGB

Für die Ausgleichung von Gesamtschuldnern untereinander können insgesamt drei Rückgriffswege zur Verfügung stehen. Das sind auf der einen Seite die Absätze 1 und 2 des § 426 BGB, die in jedem Fall gegeben sind, in dem eine Gesamtschuld festgestellt werden kann, also der selbständige Ausgleichsanspruch des zahlenden Gesamtschuldners und der in Höhe der Ausgleichsquote auf den Rückgriffsberechtigten übergehende Anspruch des Gläubigers gegen den oder die anderen Gesamtschuldner. Auf der anderen Seite kann sich unter Umständen auch aus dem Innenverhältnis der Gesamtschuldner ein Rückgriffsanspruch für den Zahlenden ergeben. Stellt er sich als Schadensersatzanspruch dar, für die hier allein

50) So aber Esser, Bd. 1, S. 296 f., § 43, II 5 a; Larenz, Bd. I, S. 366 ff., § 30, II d; Kollhosser, AcP 166, 277, 306 f. Zwar spricht auch Selb, Studie, S. 70 von "Drittschadensersatz"; dieser Begriff hat bei ihm jedoch einen anderen Inhalt; er kennzeichnet mit ihm, von der Zusammenführung von Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation her (vgl. S. 63 und S. 41 ff.), die Ersatzfähigkeit von Drittinteressen, nicht von wirklichen Drittschäden (vgl. S. 65). Ausgehend davon, daß er die Unterscheidung zwischen vorheriger und nachträglicher Schadensverlagerung aufgibt, setzt er die Grundlagen einer Drittschadensliquidation in den Fällen der Schadensverlagerung durch Gefahrtragungsregeln mit denen der Vorteilsausgleichung auf eine Ebene (vgl. S. 47); vgl. dazu auch Frotz, JZ 1964, 665, 666.

interessierenden Fälle eines mit einem Schadensereignis im Zusammenhang stehenden Regresses wird das häufig der Fall sein, so handelt es sich dabei um den schon des öfteren angesprochenen Rückgriff im Wege der Geltendmachung eines koinzidierenden Haftungsinteresses.⁵¹⁾

a) Die Voraussetzungen einer gesamtschuldnerischen Haftung

Bevor auf die Unterschiede zwischen der Legalzession nach den §§ 1542 RVO, 87a BBG oder ähnlichen auf das Verhältnis zwischen demjenigen, der versorgende Drittleistungen erbringt, und einem Schädiger zugeschnittenen Bestimmungen und der nach § 426 Abs. 2 BGB eingegangen werden kann, soll die Frage nach den allgemeinen Kriterien für das Vorliegen einer Gesamtschuld beantwortet werden. Denn neben der grundlegenden Regreßnorm des § 840 BGB⁵²⁾, die beim Zusammentreffen mehrerer deliktischer Schädiger die Entstehung eines Gesamtschuldverhältnisses anordnet und damit die diesbezüglichen Rückgriffsmöglichkeiten eröffnet, wobei sie auch noch Regelungen der Rückgriffsrangordnung enthält, finden sich im Bürgerlichen Gesetzbuch weder für das Zusammentreffen sonstiger Schädiger noch für das eines Drittleistungspflichtigen mit einem Schädiger Aussagen darüber, unter welchen Voraussetzungen in einer solchen Lage eine gesamtschuldnerische Haftung anzunehmen ist.

aa) § 421 Abs. 1 BGB

Auch § 421 Abs. 1 BGB enthält keine Anhaltspunkte, aus denen auf die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Gesamtschuld geschlossen werden könnte. Er legt vielmehr nur die für eine gesamtschuldnerische Haftung charakteristischen

51) Zu denken wäre noch an eine nach § 305 BGB mögliche Freistellungsvereinbarung, evtl. auch an ein Schuldversprechen oder -anerkenntnis sowie an einen Aufwendungsersatzanspruch aus § 670 BGB bei einem Schuldbeitritt zu einer Schadensersatzschuld oder gemäß den Grundsätzen über den innerbetrieblichen Schadensausgleich.

52) Vgl. zur spezifischen Regreßfunktion dieser Vorschrift Marschall v. Bieberstein S. 205 f.

Rechtsfolgen fest.⁵³⁾ Und sogar hierbei kann es zweifelhaft sein, ob es nicht auch Fälle geben kann, in denen, obwohl diese Rechtsfolgen feststellbar sind, die zugrundeliegenden Verbindlichkeiten dennoch nicht in einem für eine gesamtschuldnerische Haftung maßgebenden Verhältnis stehen.⁵⁴⁾

bb) Die zwei allgemeinen Kriterien der herrschenden Meinung

Da sich heute die Ansichten zu der Frage nach den der Begründung eines Gesamtschuldverhältnisses zugrundeliegenden Prinzipien, die sich in Rechtsprechung und herrschender Lehre entwickelt haben, zumindest in ihren Grundtendenzen weitgehend einander angenähert haben, eine schon im Ausgangspunkt abweichende Ansicht vertritt vor allem Ehmann, sollen sich die folgenden Ausführungen darauf beschränken, die überwiegend anerkannten Prinzipien aufzuzeigen. Die sicherlich notwendige Detailauseinandersetzung mit der von Ehmann vertretenen extensiven Inhaltsbestimmung des Begriffs der Gesamtschuld würde den Rahmen der Darstellung sprengen.

Um das Wesen der Gesamtschuld zu erfassen und um gleichzeitig Anhaltspunkte für die Beantwortung der Frage an die Hand zu geben, wann sie im Einzelfall vorliegt, sind zwei allgemeine Kriterien herausgearbeitet worden. Zum einen kann eine gesamtschuldnerische Haftung nach allgemeiner

53) Vgl. hierzu aber Ehmann z.B. S. 68 f., 302, der eine Gesamtschuld in all den Fällen, in denen die Rechtsfolgen des § 421 Abs. 1 BGB festgestellt werden können, annimmt. Er erfaßt damit insbesondere auch die Fälle, in denen eine Legalzession allein deshalb stattfindet, um eine Rückgriffsmöglichkeit zu eröffnen; daß hier nach h.M. gerade keine Gesamtschuld vorliegen kann, wird im weiteren Verlauf darzulegen sein. Nach Ehmann ist eine Gesamtschuld also immer dann gegeben, wenn keine Doppelentschädigung des Gläubigers stattfindet, vgl. S. 302; siehe dazu aber Medicus S. 388 f., § 35, II 2; siehe auch schon Dilcher, JZ 1967, 110, 114.

54) Vgl. den Hinweis bei Medicus S. 387, § 35, II 1; diese Diskrepanz kann nach der Auffassung Ehmanns nicht vorliegen.

Ansicht grundsätzlich nur dann vorliegen, wenn mehrere Verpflichtungen auf die Befriedigung desselben Leistungsinteresses gerichtet sind;⁵⁵⁾ ihre völlige inhaltliche und umfangmäßige Identität ist dabei jedoch ebensowenig erforderlich⁵⁶⁾ wie das Beruhen auf dem gleichen Rechtsgrund.⁵⁷⁾ Es genügt vielmehr, wenn sie "hart an der Grenze zur inhaltlichen Gleichheit" liegen.⁵⁸⁾ Zum anderen sind sich Rechtsprechung und herrschende Lehre darin einig, daß zwischen den beiden Verbindlichkeiten eine irgendwie gestaltete rechtliche Verbundenheit bestehen muß, die diese zu einem "Schuldverhältnis höherer Ordnung"⁵⁹⁾ zusammenfaßt und damit die Rechtfertigung dafür bietet, die Rechtsfolgen der Gesamtschuld, also die Wirkungen der §§ 422-425 BGB, so insbesondere die Gesamtwirkung der Erfüllung, eintreten zu lassen und den Ausgleich der Gesamtschuldner untereinander nach dem § 426 BGB vorzunehmen.⁶⁰⁾

55) Vgl. z.B. Palandt-Heinrichs Anm. 1b zu § 421; Soergel-R.Schmidt Rdnr. 4 zu § 421; Larenz, Bd. I, S. 433, § 37, I; Fikentscher S. 339, § 62, II 2b; Esser, Bd. 1, S. 434, § 58, I; Ralsch, JZ 1965, 703, 704; Thiele, JuS 1968, 149, 151; grundlegend BGH-GSZ- 43, 227, 230 f.

56) Auch das ist seit BGH-GSZ- 43, 227, 233 ff. im wesentlichen unbestritten; vgl. etwa Soergel-R.Schmidt Rdnr. 4 zu § 421; Erman-H.P.Westermann Rdnr. 5 zu § 421; Fikentscher S. 339, § 62, II 1b; Larenz, Bd. I, S. 433 f., § 37, I; Ralsch, JZ 1965, 703, 704; Thiele, JuS 1968, 149, 151; BGHZ 51, 275, 277; 52, 39, 43 ff.; BGH VersR 1971, 667, 669; kritisch Frotz, NJW 1965, 1257 ff. Auch schon vor BGH-GSZ- 43, 227 ff. wurden Bedingung, Befristung oder unterschiedliche Höhe für unschädlich gehalten; vgl. Enneccerus-Lehmann S. 364, § 91, II und die Rechtsprechungsnachweise bei Palandt-Heinrichs Anm. 1b zu § 421.

57) Siehe dazu Soergel-R.Schmidt Rdnr. 7 zu § 421; Erman-H.P. Westermann Rdnr. 4 zu § 421; BGB-RGRK-Fischer Anm. 5 zu § 421; Esser, Bd. 1, S. 434, § 58, II; Selb, Studie, S. 13; Ehmann S. 49; Dilcher, JZ 1967, 110, 113; vgl. auch BGHZ 19, 114, 124; 52, 39, 44; 58, 191, 192; 59, 97, 102.

58) BGH-GSZ- 43, 227, 233; vgl. aber Larenz, Bd. I, S. 434, § 37, I, der allein auf die Gleichheit des zu befriedigenden Leistungsinteresses abstellt.

59) BGHZ 46, 14, 15; dagegen Ehmann S. 48, der das Gesamtschuldverhältnis nur als abstrakten Rechtsbegriff ansieht.

60) Vgl. Palandt-Heinrichs Anm. 1d zu § 421 m.w.N.; BGB-RGRK-Fischer Anm. 3 zu § 421. A.A. Ehmann z.B. S. 93 f.,

Die Rechtsprechung sah diese Verbindung bisher allein dann als gegeben an, wenn die Schuldner in einer Zweckgemeinschaft standen.⁶¹⁾ Im Anschluß an die herrschende Lehre, die Bedenken gegen die Konturenlosigkeit dieses Merkmals anmeldete,⁶²⁾ wird seine Tauglichkeit zur Eingrenzung der Gesamtschuld neuerdings auch vom Bundesgerichtshof in Zweifel gezogen.⁶³⁾ Eine Tendenzwende hin zu der vom überwiegenden Teil der Literatur vertretenen Ansicht scheint sich anzubahnen.

Diese baut in ihrem eigentlichen Kern auf der Frage nach dem rangmäßigen Verhältnis der Verpflichtungen zueinander auf. Larenz⁶⁴⁾ ist insoweit mißverständlich, wenn er an den Beginn seiner Ausführungen als entscheidendes Merkmal die Mitteilgung aller Verbindlichkeiten stellt; denn die wechselseitige Tilgungswirkung ist doch wohl gerade die Folge, die das Vorliegen einer Gesamtschuld nach sich zieht.⁶⁵⁾ Derselbe Widerspruch scheint auch bei Selb⁶⁶⁾ und seiner Lehre von der Erfüllungsgemeinschaft⁶⁷⁾ vorzuliegen, wenn

der den Zweck der Verbindlichkeiten in den Vordergrund stellt, vgl. z.B. auch S. 127 f.: Gesamtschuld liegt vor, wenn der Zweck der Leistungspflichten auf eine einmalige Befriedigung gerichtet ist.

61) Vgl. dazu BGB-RGRK-Fischer Anm. 7 zu § 421 mit zahlreichen Hinweisen auf die im Anschluß an die Auffassung von Enneccerus (vgl. Enneccerus-Lehmann S. 361 ff., § 90, II und dazu Ehmann S. 54 ff.) ergangene Rechtsprechung. Vgl. aus neuerer Zeit: BGH NJW 1959, 2160, 2161; BGH-GSZ- 43, 227, 229; BGHZ 51, 275, 278; 52, 39, 43; 59, 97, 99, 101.

62) Vgl. Soergel-R.Schmidt Rdnr. 9 zu § 421; Esser, Bd. 1, S. 433, § 58, I; Fikentscher S. 338, § 62, II 1b; Larenz, Bd. I, S. 436, § 37, I; Selb, Studie, S. 13 ff.; Ralsch, JZ 1965, 703, 704; Dilcher, JZ 1967, 110, 112; Thiele, JuS 1968, 149, 150; vgl. auch Ehmann S. 59 ff.

63) Vgl. BGHZ 52, 39, 43 f.; BGHZ 59, 97, 99; dazu Dilcher, JZ 1973, 199, 200.

64) Larenz, Bd. I, S. 434, § 37, I.

65) So auch Palandt-Heinrichs Anm. 1d bb zu § 421; Fikentscher S. 388, § 62, II 2b; Ehmann S. 67 ff. und insbesondere S. 79 ff.; Thiele, JuS 1968, 149, 150.

66) Selb, Studie, S. 17 f. (dazu Ehmann S. 63); im gleichen Sinne Esser, Bd. 1, S. 433, § 58, I; Frotz, JZ 1964, 665, 667.

67) Vgl. Selb, Studie, S. 18 (dazu Ehmann S. 76 ff.); Esser, Bd. 1, S. 434, § 58, I; Frotz, JZ 1964, 665, 667. Wie sich insbesondere bei der Darstellung des § 255 BGB

er, um das Wesen der Gesamtschuld zu bestimmen, auf § 422 BGB abstellt.

Entscheidend ist vielmehr, und auch die Ausführungen von Larenz⁶⁸⁾ und Selb⁶⁹⁾ haben dort ihren eigentlichen Ausgangspunkt, unter welchen Umständen es interessengerecht ist, Gesamtwirkung der Erfüllung jeder der Verbindlichkeiten anzunehmen, wie sie § 422 Abs. 1 Satz 1 BGB als kennzeichnende Rechtsfolge einer Gesamtschuld normiert hat. Nach der in der Lehre heute überwiegend vertretenen Auffassung vermag dies nur dann der Fall zu sein, Gesamtschuld somit nur dann vorzuliegen, wenn zwischen den Verpflichtungen oder, vom Gläubiger her gesehen, den Forderungen ein Verhältnis der Gleichstufigkeit bzw. Ranggleichheit festgestellt werden kann.⁷⁰⁾

Ergibt sich dagegen Verschiedenstufigkeit, ist das Vorliegen eines Gesamtschuldverhältnisses ausgeschlossen. Die Annahme wechselseitiger Tilgungs- bzw. Erfüllungswirkung⁷¹⁾ kann in diesen Fällen den Interessen der Beteiligten nicht gerecht werden. Wie sich die Verhältnisse zwischen den Parteien gestalten, hängt, wie zu zeigen sein wird, allein davon ab, inwieweit der Ersatzanspruch des Geschädigten gegen den einen Schuldner durch die Leistung des anderen Verpflichteten

zeigen wird, ist dieses Merkmal zu eng; Gesamtschuld muß es auch außerhalb gesetzlicher Anordnung oder willentlicher Begründung geben können.

68) Vgl. Larenz, Bd. I, S. 434 f., § 37, I.

69) Siehe Selb, Studie, S. 18.

70) So Erman- H.P. Westermann Rdnr. 3 zu § 421; Soergel- R. Schmidt Rdnr. 9 zu § 421; Larenz, Bd. I, S. 435, § 37, I; Fikentscher S. 338 f., § 62, II 2b; Esser, Bd. 1, S. 435, § 58, II; Raisch, JZ 1965, 703, 705; im Ausgangspunkt auch Dilcher, JZ 1967, 110, 112; Thiele, JuS 1968, 148 f.; zweifelnd Palandt-Heinrichs Anm. 1d bb zu § 421; kritisch BGB-RGRK-Fischer Anm. 8 zu § 421; Frotz, JZ 1964, 667, 668 f. und insbesondere Ehmann S. 62 ff.

71) Diese Begriffe sollen hier gleichbedeutend verwendet werden; der Unterschied zwischen Erfüllung i.S.d. § 362 BGB und Erfüllungs- bzw. Tilgungswirkung nach § 422 BGB kann noch dahinstehen; vgl. dazu Selb, Studie, S. 17 und Ehmann S. 24, 63 f., 79 ff.

beeinflusst wird, inwieweit also eine Vorteilsanrechnung stattfindet, und unter welchen noch näher zu erläuternden Voraussetzungen dem Leistenden ein Rückgriffsrecht gegen andere Schuldner einzuräumen ist.

Dabei kann schon hier darauf hingewiesen werden, daß eine analoge Anwendung der durch § 426 Abs. 1 und 2 BGB eingeräumten Regreßmöglichkeiten nicht in Betracht gezogen werden darf.⁷²⁾ Denn abgesehen von der Frage, ob überhaupt ein Bedürfnis für eine Analogie besteht⁷³⁾, fehlt es an der Ähnlichkeit der zu regelnden Fälle: Die Anwendbarkeit des § 426 BGB setzt grundsätzlich Erfüllungswechselwirkung im Außenverhältnis voraus.⁷⁴⁾ An dieser mangelt es aber immer dann, wenn wegen Ungleichstufigkeit der konkurrierenden Verpflichtungen das Vorliegen einer gesamtschuldnerischen Haftung nicht festgestellt werden kann. Liegt dagegen Gleichrangigkeit vor, so muß auch die Frage nach der Entstehung einer Erfüllungs- bzw. Tilgungsgemeinschaft und damit einer Gesamtschuld bejaht werden. Dann aber ist § 426 BGB direkt und nicht nur analog anwendbar.⁷⁵⁾

cc) Unechte und scheinbare Gesamtschulden

Rechtsprechung und Lehre haben zuweilen für die Fälle eines Zusammentreffens mehrerer Leistungspflichten, in denen eine

72) So Soergel-R.Schmidt Rdnr. 10 zu § 421; Palandt-Heinrichs Anm. 2 zu § 421; Esser, Bd. 1, S. 435, § 58, II; Selb, Studie, S. 20; BGHZ 13, 360, 365; 19, 114, 125. Die hier abgelehnte Analogie zu § 426 BGB darf nicht mit der Feststellung des Vorliegens einer Gesamtschuld mittels analoger Anwendung einer die gesamtschuldnerische Haftung anordnenden Norm verwechselt werden. So aber anscheinend Erman-H.P. Westermann Rdnr. 3 zu § 426; siehe zu diesem Vorgehen Selb, Studie, S. 18.

73) Vgl. zu den allgemeinen Voraussetzungen einer Analogie Larenz, Allgemeiner Teil, S. 58, § 4, II.

74) So ausdrücklich Erman- H.P. Westermann Rdnr. 3 zu § 426; vgl. auch, für das Merkmal der Zweckgemeinschaft, BGHZ 13, 360, 365 und 19, 114, 124.

75) Vgl. dazu BGH-GSZ- 43, 227, 232; 51, 275, 279; siehe aber auch BGHZ 52, 39, 43, wo eine analoge Anwendung des § 422 Abs. 1 BGB befürwortet wird.

Gesamtschuld im obigen Sinne nicht feststellbar ist, die Begriffe der unechten oder scheinbaren Gesamtschuld geprägt.⁷⁶⁾ Da diese Abgrenzung zur sogenannten "echten" Gesamtschuld jedoch nur verwirrt, (es liegt eben keine Gesamtschuld im Sinne der §§ 421 ff. BGB vor,⁷⁷⁾ und da sie auch keine Anhaltspunkte für die Bildung anderweitiger Regreßberechtigungen anzubieten vermag, eine entsprechende Anwendung der für die Gesamtschuld geltenden Regelungen scheidet aus, sollte sie aufgegeben werden.⁷⁸⁾ Eine Gesamtschuld liegt entweder vor oder nicht; Zwischenstufen kann es nicht geben.

dd) Die Feststellung einer Gesamtschuld im Einzelfall

So problemlos es auf den ersten Blick auch erscheinen mag, das Vorliegen gesamtschuldnerischer Haftung an Hand des Kriteriums der Gleichstufigkeit festzustellen, so ergeben sich doch auch hierbei, geht es um die Entscheidung im Einzelfall, Zweifelsfragen. Sie tauchen immer dort auf, wo es darum geht, die Rangordnung der konkurrierenden Verbindlichkeiten zu bestimmen.

Man wird bei ihrer Beantwortung nach vier Gesichtspunkten vorgehen können: An erster Stelle steht dabei der Versuch, den Sachverhalt unter eine gesetzlich normierte Gesamtschuld-

76) Siehe dazu und zu den Unterscheidungen im einzelnen: Enneccerus-Lehmann S. 362 f., § 90, II 3; Blomeyer, S. 308, § 49, IV, jeweils mit weiteren Nachweisen. Auch Fikentscher S. 342, § 62, III erwägt noch den Begriff der scheinbaren Gesamtschuld; vgl. auch Esser, Bd. 1, S. 435, § 58, II. Von unechter bzw. echter Gesamtschuld sprechen in der Rechtsprechung z.B. BGH Betrieb 1970, 2071 oder BGHZ 59, 97, 102: Dabei sollen nur bei echter Gesamtschuld die Regelungen der §§ 421 ff. BGB anwendbar sein; vgl. auch RGZ 149, 182, 186 f.; BGHZ 13, 360, 365; 19, 114, 124; vgl. aber Erman-H.P. Westermann Rdnr. 3 zu § 421.

77) So ausdrücklich Fikentscher S. 342, § 62, III.

78) So auch Larenz, Bd. I, S. 435, FN. 4, § 37, I; vgl. auch Esser, Bd. 1, S. 435, § 58, II; Fikentscher S. 342, § 62, III; Thiele, JuS 1968, 149, 150.

anordnungen zu subsumieren,⁷⁹⁾ da insoweit der Gesetzgeber die Entscheidung endgültig vorweggenommen hat. In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu beachten, daß eine gesamtschuldnerische Haftung auch dann anzunehmen ist, wenn im Innenverhältnis ein Schuldner ausnahmsweise alleine verpflichtet ist.⁸⁰⁾

Des weiteren kann durch gesetzliche Anordnung die Möglichkeit gesamtschuldnerischer Haftung gerade ausgeschlossen sein. Hierher zählen alle die Fälle eines Zusammentreffens mehrerer Leistungspflichten, in denen eine cessio legis zugunsten desjenigen angeordnet ist, der versorgende Drittzuwendungen macht.⁸¹⁾ So haften Dienstherr und Schädiger im Anwendungsbereich des § 87 a BBG nicht als Gesamtschuldner. Der Schädiger wird durch die Fortzahlung der Bezüge nicht im Sinne des § 422 BGB befreit.

Die beiden anderen Gesichtspunkte setzen eine wertende Beurteilung durch den Rechtsanwender voraus. Hierbei kann sich unter Umständen die Möglichkeit eröffnen, eine Analogie zu den eine Gesamtschuld anordnenden Bestimmungen zu bilden.⁸²⁾ Diese wird sich jedoch auf gesetzliche Verpflichtungen be-

79) Vgl. z.B. Medicus S. 388, § 35, II 1b.

80) Darauf weist insbesondere Larenz, Bd. I, S. 435, § 37, I hin; vgl. dazu jedoch Ehmann S. 75 f.

81) Vgl. Medicus S. 389, § 35, II 2 b; Larenz, Bd. I, S. 435, § 37, I; Thiele, JuS 1968, 149, 152, der die Entscheidung, ob eine Gesamtschuld vorliegt, allein als Frage nach der Grenzziehung zwischen den unvollständigen tatbestandsmäßigen Voraussetzungen der §§ 421 ff. BGB und der direkten oder analogen Anwendung der spezielleren Bestimmungen über eine cessio legis ansieht (vgl. S. 154); Dilcher, JZ 1967, 110, 114.

82) Vgl. dazu Larenz, Bd. I, S. 435, § 37, I; Selb, Studie, S. 18; siehe auch den Hinweis auf § 840 BGB in BGH-GSZ- 43, 227, 234.

schränken.⁸³⁾ Ansonsten verbleibt nur der Weg, durch Ermittlung von Sinn und Zweck der konkurrierenden Leistungspflichten ihr Verhältnis zueinander zu bestimmen.⁸⁴⁾ Auf diesem Wege kommt man dann z.B. zu dem Ergebnis, daß in den Fällen der Lohnfortzahlung an Angestellte Schädiger und Dritteleistender nicht als Gesamtschuldner haften,⁸⁵⁾ somit ein Rückgriff nach § 426 BGB nicht stattfinden kann. Ein anderes Ergebnis würde vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus gesehen dem bloßen Vorschußcharakter des fortgezahlten Lohns widersprechen, der die Zahlungsverpflichtung des Arbeitgebers hinter die des Schädigers zurücktreten läßt.

Im übrigen kann das Bemühen, die Gesamtschuld unter Beachtung der berechtigten Interessen der Beteiligten von den sonstigen Fällen eines Zusammentreffens mehrerer auf Befriedigung desselben Leistungsinteresses gerichteter Verbindlichkeiten abzugrenzen, durch die Bildung von Fallgruppen erleichtert werden.⁸⁶⁾ Diese Methode wird auch in anderem Zusammenhang zur vereinfachten Erfassung auf Wertungen beruhender Rechtsinstitute herangezogen.⁸⁷⁾ Die Suche nach einem allgemeinen Prinzip, wie es oben durch die Kriterien

83) So Larenz, Bd. I, S. 435, § 37, I.

84) Vgl. zu diesem für rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten einschlägigen Weg Larenz, Bd. I, S. 435, § 37, I.

85) Vgl. dazu allgemein Palandt-Heinrichs Anm. 2 zu § 421; Larenz, Bd. I, S. 434, § 37, I.

86) Deutlich gemacht wurde dieser Weg insbesondere von Thiele, JuS 1968, 149, 150 f. Vgl. etwa auch Fikentscher S. 337 f., § 62, II 1 oder die vom Zweck bestimmte Typik bei Medicus S. 389, § 35, II 2c. Siehe auch Dilcher, JZ 1967, 110, 114, und JZ 1973, 199, 200 f., der bei Mitverursachung eines Schadens Gesamtschuld annimmt (dazu Ehmann S. 227 ff.), sowie Raisch, JZ 1965, 703, 705, 708. Im übrigen müssen diese kurzen Hinweise hier genügen.

87) Vgl. z.B. für die Drittschadensliquidation v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 254 f.

der Gleichstufigkeit und der Befriedigung eines einheitlichen Leistungsinteresses gekennzeichnet wurde, tritt dann in den Hintergrund. Die abstrakte Begriffsbildung wird durch konkrete Typenfestlegung, die Subsumtion durch Zuordnung ersetzt.⁸⁸⁾ Problem- und Fallbezogenheit stehen im Vordergrund.⁸⁹⁾

b) Das Verhältnis des § 426 Abs. 2 BGB zu den anderen
eine cessio legis anordnenden Vorschriften

Den Inhalt des § 426 Abs. 2 BGB im einzelnen darzulegen, erübrigt sich.⁹⁰⁾ Seine Bedeutung liegt darin, daß er den selbständigen Ausgleichsanspruch des § 426 Abs. 1 BGB insoweit verstärkt, als er nach den §§ 412, 401 BGB den Übergang von Sicherungsrechten, die für die Forderung des Gläubigers gegen den oder die anderen Gesamtschuldner bestehen, auf den im Innenverhältnis Regreßberechtigten bewirkt.⁹¹⁾

aa) Die Anordnung einer cessio legis bei Drittleistungen
als gesetzlicher Ausschluß eines Gesamtschuldver-
hältnisses

Wenn Ehmann⁹²⁾ die anderweitig einen gesetzlichen Forderungsübergang anordnenden Normen wie z.B. § 1542 RVO als Sonderbestimmungen zu § 426 Abs. 2 BGB ansieht, insoweit also auch in den von ihnen erfaßten Fällen ein Gesamtschuldverhältnis annimmt, wird er dem Unterschied nicht gerecht, der zwischen ihnen und den den Gesamtschuldausgleich regelnden

88) Das betont Thiele, JuS 1968, 149, 150 f.

89) So Raisch, JZ 1965, 703, 708.

90) Vgl. dazu etwa Soergel-R.Schmidt Rdnr. 13 zu § 426.

91) Siehe hierzu Erman-H.P. Westermann Rdnr. 2 zu § 426; Larenz, Bd. I, S. 442, § 37, III; Esser, Bd. 1, S. 443 f., § 59, III; Ehmann S. 101, 111 ("beneficium cedendarum actionum"); Dilcher, JZ 1967, 110, 114.

92) Ehmann S. 302.

Vorschriften besteht.⁹³⁾ Der Gesetzgeber ist bei der Normierung der Legalzessionen bei Drittleistungen von deren regreßbegründender und nicht nur forderungsverstärkender Wirkung und damit notwendig vom Nichtvorliegen eines Gesamtschuldverhältnisses ausgegangen.⁹⁴⁾ Denn hätte er auch ohne die §§ 1542 RVO oder 67 VVG eine Möglichkeit gesehen, gegen den Schädiger im Rückgriffswege, also durch die Geltendmachung der sich aus § 426 Abs. 1 und Abs. 2 BGB ergebenden Ansprüche vorzugehen, so wäre es nicht erforderlich gewesen, einen gesonderten Forderungsübergang anzuordnen, nur um die von § 426 Abs. 2 BGB abweichenden Übergangsmodalitäten festzulegen⁹⁵⁾, wie sie z.B. § 1542 RVO aufweist. Darüber hinaus wären, was sicher nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht, diejenigen Zessionsbestimmungen insgesamt überflüssig, die, wie z.B. § 67 VVG, inhaltlich mit dem § 426 Abs. 2 BGB übereinstimmen.

Es ist vielmehr davon auszugehen, daß der Gesetzgeber, entgegen der Auffassung Ehmanns, durch die Anordnung von Legalzessionen für die damit erfaßten Fälle konkurrierender Verbindlichkeiten eine gesamtschuldnerische Haftung gerade ausschließen wollte. Der diesen Vorschriften zu entnehmende Rechtsgedanke hat damit jedoch noch nicht die Grenze seiner Anwendbarkeit erreicht, bis zu der hin er seine die Entstehung eines Gesamtschuldverhältnisses hindernde Wirkung

93) Vgl. Medicus S. 388 f., § 35, II 2; Dilcher, JZ 1967, 110, 114. Wenn letzterer jedoch auf den Umfang des übergegangenen Anspruchs abstellt, so kann ihm nicht zugestimmt werden, da auch für den Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1, der ansonsten den Forderungsübergang nach § 426 Abs. 2 umfangmäßig bestimmt, durch die eine Legalzession enthaltenden Vorschriften etwas anderes bestimmt sein kann; insoweit folgerichtig Ehmann S. 68; vgl. auch S. 302 zur Festlegung der im Innenverhältnis anzunehmenden Ausgleichsquoten in den Fällen, in denen keine cessio legis angeordnet ist.

94) So Dilcher, JZ 1967, 110, 114.

95) Nach Ehmann S. 302 muß dies als der alleinige Zweck angesehen werden.

entfalten kann. Er muß nämlich auch in den Fällen, die jenen in ihrer Ausgangslage gleichen, in denen eine cessio legis angeordnet ist., also z.B. bei der Gehaltsfortzahlung an Angestellte, entsprechend herangezogen werden.⁹⁶⁾ Auch insoweit ist die Annahme eines Gesamtschuldverhältnisses ausgeschlossen. Dieses Vorgehen entspricht im übrigen der analogen Anwendung der eine Gesamtschuld anordnenden Vorschriften auf solche Gestaltungen von Schuldnermehrheiten, die den dort geregelten gleichgelagert sind.

Daneben muß es gerade für den forderungsverstärkenden Charakter der cessio legis nach § 426 Abs. 2 BGB und damit, falls es Sonderbestimmungen geben sollte, für jede Legalzession im Rahmen eines Gesamtschuldverhältnisses als kennzeichnende Voraussetzung angesehen werden, daß die Forderung gegen den einen Gesamtschuldner erst nach Zahlung durch den anderen auf diesen übergeht. Andernfalls würde schon ein Anspruch auf Mitwirkung bei der Erfüllung⁹⁷⁾ und nicht erst der Ausgleichsanspruch⁹⁸⁾ durch einen Zahlungsanspruch gesichert.⁹⁹⁾ Gerade zu diesem Ergebnis kommt man aber, wenn man z.B. die §§ 1542 RVO oder 87a BGG als Gesamtschuldregelungen ansieht; es kann nur dann nicht eintreten, wenn man das Vorliegen eines Gesamtschuldverhältnisses und damit das eines Befreiungsanspruchs verneint.

96) Damit ist nicht die Entscheidung darüber, ob auch in diesen Fällen entsprechend den Vorschriften über die Legalzessionen ein automatischer Forderungsübergang anzunehmen ist, vorweggenommen.

97) Vgl. zu dieser ebenfalls auf § 426 Abs. 1 BGB beruhenden Vorstufe des Ausgleichsanspruchs etwa Soergel-R.Schmidt Rdnr. 5 zu § 426 oder Enneccerus-Lehmann S. 375, § 95, II 1.

98) Auch Ehmann (vgl. z.B. S. 24 f.) geht davon aus, daß der nach § 426 Abs. 2 BGB übergegangene Anspruch in erster Linie der Sicherung des Ausgleichsanspruchs aus § 426 Abs. 1 BGB dient.

99) Daß die Höhe der übergegangenen Forderung unter Umständen noch nicht endgültig bestimmt werden kann, vermag dieses Ergebnis grundsätzlich nicht zu beeinflussen.

bb) Das Verhältnis zum Gläubiger

Neben diesem grundlegenden Unterschied, die eine Legalzession bei Drittleistungen anordnenden Bestimmungen enthalten im Gegensatz zu § 426 Abs. 2 BGB keine Gesamtschuldregelungen, können weitere divergierende Merkmale festgestellt werden. Sie betreffen unter anderem das Verhältnis zum Gläubiger: Der zahlende Gesamtschuldner tritt nicht für den Geschädigten in Vorlage; der nach § 426 Abs. 2 BGB übergegangene Anspruch dient ihm nicht dazu, wie das z.B. bei der durch § 1542 RVO begründeten Regreßberechtigung des Sozialversicherungsträgers der Fall ist, sich Befriedigung für einen an den Gläubiger geleisteten Vorschuß zu verschaffen. Der zahlende Gesamtschuldner haftet dem Geschädigten vielmehr endgültig und erstrangig in Höhe des gegen ihn bestehenden Anspruchs. Das nach § 426 Abs. 2 BGB übergeleitete Recht soll es ermöglichen, Ausgleich für die Nachteile zu erlangen, die als Folge der Miterfüllung der gegen die anderen Gesamtschuldner gerichteten Forderungen entstanden sind.¹⁰⁰⁾

cc) Die Auswirkungen der Leistung des Rückgriffsberechtigten auf die Ansprüche des Geschädigten gegen die weiteren Schuldner

Mit dem Begriff der Miterfüllung ist ein weiterer Unterschied zwischen den §§ 1542 RVO, 67 VVG oder z.B. 87a BBG und dem § 426 Abs. 2 BGB angesprochen. Die Leistungen, die zu den nachteiligen Vermögensveränderungen geführt haben, deren Ausgleich die jeweiligen Legalzessionen dienen, unterscheiden sich grundlegend in ihren Auswirkungen auf den Anspruch des Gläubigers gegen den nicht leistenden Verpflichteten.

Abgesehen von der Tatsache des Forderungsübergangs bleibt dieser in den Fällen, die nach herrschender Meinung nicht von den §§ 421 ff. BGB erfaßt werden, grundsätzlich auch mit Wirkung gegenüber dem Gläubiger bestehen. Die Frage

100) Siehe hierzu Larenz, Bd. I, S. 442, § 37, III.

nach seinem Untergang infolge einer eventuell vorzunehmenden Vorteilsanrechnung war zu verneinen.¹⁰¹⁾

Eine andersgeartete Regelung findet man dagegen in den Gesamtschuldfällen. Die Erfüllung der gegen den Leistenden gerichteten Forderung wirkt auf Grund gesetzlicher Anordnung, § 422 BGB, auch auf die Forderung gegen den anderen Verpflichteten ein. Der Geschädigte verliert diese nicht nur durch den kraft Gesetzes erfolgenden Übergang auf den Regreßberechtigten - diese Folge war auch in den gesetzlich geregelten Drittleistungsfällen zu beobachten -, sondern die Zahlung des einen Gesamtschuldners hat im Hinblick auf den Gläubiger, somit relativiert, Erfüllungswirkung auch für die anderen Verbindlichkeiten,¹⁰²⁾ die mit ihr, abweichend von der z.B. durch § 1542 RVO geregelten Schuldnermehrheit, zu einem Schuldverhältnis höherer Ordnung verbunden sind. Auch die anderen Gesamtschuldner werden, obwohl ihre Leistungspflichten dem Zahlenden gegenüber zum Zwecke des Übergangs nach § 426 Abs. 2 BGB in Höhe der Ausgleichsquote bestehen bleiben¹⁰³⁾, dem Gläubiger gegenüber von diesen frei.¹⁰⁴⁾ Es handelt sich hierbei jedoch nicht um eigentliche Erfüllung im Sinne der §§ 362 ff. BGB.¹⁰⁵⁾ Diese liegt bei der Zahlung eines Gesamtschuldners

101) Vgl. dazu oben in diesem Abschnitt, V C 1b, S. 168 ff.

102) Diese Auslegung des § 422 entspricht der h.A.; vgl. BGB-RGRK-Fischer Anm. 1 zu § 421 und zu § 422; Erman-H.P. Westermann Rdnr. 1 zu § 422; Ehmann S. 24, 102; beachte dazu aber das von Selb, Studie, S. 17 und Frotz, JZ 1964, 665, 668 sowie NJW 1965, 1255, 1260 für das Vorliegen einer Gesamtschuld aufgestellte Merkmal einer Erfüllungsgemeinschaft (Erfüllung nur i.S.d. § 362 BGB ?) und dazu Ehmann S. 77 ff.

103) Über die Ausgleichsquote hinaus erlöschen sie endgültig; vgl. BGHZ 46, 14, 16.

104) Ehmann S. 102 bezeichnet das Verhältnis zwischen § 422 BGB und § 426 Abs. 2 BGB treffend als "kommunizierendes System".

105) Vgl. hierzu z.B. Erman-H.P. Westermann Rdnr. 1 zu § 422; Ehmann S. 24. Eine Erörterung der einzelnen Erfüllungstheorien muß hier dahinstehen; vgl. insbesondere zu dem hier relevanten Zusammenhang Ehmann S. 82 ff.

nur insoweit vor, als er einerseits die gegen ihn gerichtete Forderung in vollem Umfang zum Erlöschen bringt und andererseits die Forderung gegen den anderen Gesamtschuldner nicht auf ihn übergeht.

dd) Der Umfang der übergehenden Ansprüche

Auf einen letzten Unterschied zwischen den eine cessio legis bei Drittleistungen anordnenden Bestimmungen und § 426 Abs. 2 BGB soll im folgenden noch kurz eingegangen werden. Der Umfang der durch eine Legalzession beispielsweise nach den §§ 1542 RVO oder 87a BBG übergeleiteten Ansprüche wird immer durch dasjenige bestimmt, das der Versorgungsträger seinerseits leistet bzw. zu leisten hat.¹⁰⁶⁾ Eine Beeinflussung durch ein "Innenverhältnis" zwischen Drittleistendem und Schädiger wird in aller Regel nicht stattfinden.¹⁰⁷⁾

Anders bei § 426 Abs. 2 BGB; hier hängt der Umfang, in dem der Anspruch des Gläubigers gegen den nicht leistenden Gesamtschuldner auf den erfüllenden Verpflichteten übergeht, von dem des Ausgleichsanspruchs ab, wie er sich aus § 426 Abs. 1 BGB ergibt. Ein nicht auf einen Teilbetrag beschränkter Forderungsübergang wird dabei im Gegensatz zu den sonstigen Legalzessionen die Ausnahme bilden. Abgesehen von den Einzelfällen des § 840 BGB sowie einer zur vollen Ausgleichsquote führenden Anwendung des § 254 BGB¹⁰⁸⁾ oder der Grundsätze, die für die Anspruchsminde-

106) Vgl. zur Rechtslage in den Fällen ausnahmsweise eingeschränkter Haftpflicht sowohl des Schädigers als auch des Schädigers und des Drittleistungspflichtigen Marschall v. Bieberstein S. 263 ff.

107) Auch auf der Grundlage von Teilungsabkommen erfolgt keine umfangmäßige Beschränkung der übergehenden Schadenersatzansprüche; sie stellen sich vielmehr nur als Rahmenvergleiche dar; vgl. dazu Wussow S. 779 f.; Ehmann S. 234 FN. 97 und BGH NJW 1969, 1380, 1381.

108) Vgl. dazu Soergel-R.Schmidt RdNr. 11 zu § 426; insoweit kann ausnahmsweise auch ein gesamtschuldnerisches Ausgleichsschuldverhältnis entstehen, vgl. Soergel-R.Schmidt RdNr. 7 zu § 426 und BGHZ 17, 214, 222 mit Hinweisen auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung.

rung bei schadensgeneigter Arbeit gelten,¹⁰⁹⁾
wird vielmehr immer eine Aufteilung der Erfüllungslasten
zu beobachten sein.¹¹⁰⁾

Diese anteilsmäßige Belastung der Schuldner im Innenverhältnis im Zusammenspiel mit der Begründung einer im Außenverhältnis bestehenden besonderen Schutzposition - einer "Paschastellung"¹¹¹⁾ - für den Gläubiger stellt auch das gesetzgeberische Leitmotiv dar, das den Regeln über die Gesamtschuld zugrunde liegt.¹¹²⁾ Von diesem Ausgangspunkt her ergeben sich weitere Bedenken gegen die von Ehmann vorgenommene extensive Inhaltsbestimmung der Gesamtschuld, die hier jedoch nur kurz angedeutet werden können: Zum einen fehlt es in den Fällen, in denen "versorgende" Drittleistungen erbracht werden, zumeist an dem für die Anordnung gesamtschuldnerischer Haftung charakteristischen Schutzbedürfnis des Gläubigers; diesem steht vielmehr in der Regel ein zahlungsfähiger Schuldner, so z.B. der Träger der Sozialversicherung, gegenüber, den er auf volle Schadensdeckung in Anspruch nehmen kann.¹¹³⁾ Zum anderen geht die Gesamtschuld mit ihrer anteilsmäßigen Lastenverteilung doch von einer gewissen Gleichstufigkeit der Verpflichtungen - wie sie auch als allgemeines Merkmal aufgestellt wurde¹¹⁴⁾ - aus, mit der die auch von Ehmann¹¹⁵⁾ nicht geleugnete Ungleichstufigkeit in den Drittleistungsfällen nicht zu harmonisieren

109) Bei leichter Fahrlässigkeit erfolgt völlige Freistellung des Arbeitnehmers, § 840 Abs. 2 und Abs. 3 BGB gelten nicht; vgl. etwa Larenz, Bd. II, S. 213, § 52, II d.

110) Etwas anderes kann sich natürlich auch aus vertraglichen Haftungsfreistellungsvereinbarungen im Innenverhältnis ergeben.

111) Heck S. 234, § 76, 4a.

112) Vgl. dazu Mot. II bei Mugdan, Bd. II, S. 86, 93.

113) Darauf weist auch Medicus S. 389, § 35, II 2 b hin; wie er weiter darlegt, ist der Anspruch gegen den Schädiger für den Gläubiger als Mittel zur Schadensdeckung irrelevant. Er erlangt erst nach Übergang und dann für die Begründung einer dem Drittleistenden sonst nicht zustehenden Rückgriffsberechtigung Bedeutung.

vermag. Denn auch dann, wenn ein Gesamtschuldner im Innenverhältnis ausnahmsweise alleine verpflichtet ist, berührt diese interne Verschiedenstufigkeit, im Gegensatz zu den Drittleistungsfällen, in denen sie dem Gläubiger bewußt ist, nicht das Außenverhältnis.¹¹⁶⁾

Aus demselben Gedanken einer anteilmäßigen Haftung im Innenverhältnis heraus erscheint es darüber hinaus bedenklich, da Sinn und Zweck des Rechtsinstituts Gesamtschuld widersprechend, dieses nicht nur in Ausnahmefällen, sondern auch auf breiter Ebene dann anzuwenden, wenn im Innenverhältnis einer der Schuldner die Erfüllungslasten in vollem Umfang zu tragen hat.

Ehmann erkennt selbst, daß er sachlich Verschiedenes unter den Begriff der Gesamtschuld subsumiert; er bildet deshalb Fallgruppen:¹¹⁷⁾ Er unterscheidet gleichgründige Gesamtschulden¹¹⁸⁾, Schutzzweckgesamtschulden¹¹⁹⁾ und Sicherungsgesamtschulden¹²⁰⁾. Da aber dennoch jede dieser Kategorien Gesamtschulden im eigentlichen Sinne umfaßt, auf die die §§ 421 ff. BGB und dabei insbesondere § 426 BGB in vollem Umfange anwendbar sind, ist nicht ersichtlich, wie diese Unterteilung die oben aufgezeigten Widersprüche zu lösen vermag.

114) Vgl. dazu schon oben in diesem Abschnitt, V C 2a bb, S. 176; dort war ebenfalls davon auszugehen, daß eine Gesamtschuld nur dann angenommen werden darf, wenn sich auch die Rechtsfolgen als interessengerecht darstellen. Die Anwendung der §§ 422, 426 BGB war aber nur bei Gleichstufigkeit angebracht. Vgl. zu dieser Orientierung an den Rechtsfolgen auch Medicus S. 388, § 35, II 2.

115) Er berücksichtigt sie selbst als anderweitige Regelung nach § 426 Abs. 1 BGB; vgl. Ehmann S. 302. Er verneint nur ihre die Entstehung eines Gesamtschuldverhältnisses hindernde Wirkung, vgl. S. 63 ff.

116) Die Haftungsfreistellungsvereinbarung der Gesamtschuldner untereinander ist dem Gläubiger ebenso gleichgültig - er wird sie in den meisten Fällen gar nicht kennen - wie die interne Verteilung der Erfüllungslasten beim Zusammentreffen von Gefährdungs- und Verschuldenshaftung (vgl. § 840 Abs. 3 BGB).

117) Vgl. Ehmann S. 193; siehe auch Medicus S. 388, § 35, II 1c.

118) Ehmann S. 193 ff.

119) Ehmann S. 214 ff.

120) Ehmann S. 322 ff.

3. Die analoge Anwendung der eine cessio legis anordnenden Normen

Eine Analogie zu § 426 Abs. 2 BGB in den Fällen zu bilden, in denen eine gesamtschuldnerische Haftung nicht festgestellt werden kann, wurde schon oben¹²¹⁾ mangels Ähnlichkeit der zu regelnde Fälle als unzulässig abgelehnt.

Es fragt sich jedoch, ob nicht die Vorschriften, die eine Legalzession bei "versorgenden" Drittleistungen anordnen, einer analogen Anwendung fähig sind. Bedeutung erlangt das vor allem im Hinblick darauf, daß das Bürgerliche Gesetzbuch keine Rückgriffsberechtigungen normiert, die auf den Ausgleich der durch die Lohnfortzahlung nach den §§ 616 BGB, 63 HGB bzw. 113c GewO und durch die Erbringung von Unterhaltsleistungen entstehenden Vermögenseinbußen gerichtet sind. Dabei hat man aber zu beachten, daß man auf diesem Wege nicht zur Entscheidung darüber zu gelangen vermag, ob ein Schadensersatzanspruch als Folge der erbrachten oder trotz Verletzungsereignis zu erbringenden Drittleistungen überhaupt bestehen bleibt bzw. überhaupt entstehen kann. Die insoweit zu treffenden Feststellungen sind vielmehr vor der Beantwortung der Frage nach der Art und Weise des eigentlichen Forderungsübergangs zu treffen; das gilt sowohl für die gesetzlich geregelten Regreßberechtigungen als auch für die Suche nach Rückgriffsmöglichkeiten in den Fällen, in denen der Ausgleich der Vermögensschäden, die als Folge der Drittleistungen entstanden sind, gesetzlich nicht ausdrücklich angeordnet ist. Ausgehend davon, daß Drittleistungen die Ansprüche des unmittelbar Geschädigten gegen den Verursacher nicht berühren¹²²⁾, interessiert hier

121) Vgl. in diesem Abschnitt, V C 2 a bb, S. 177.

122) Vgl. in diesem Abschnitt, V C 1 b, S. 168 ff.
Von dieser h.M. soll bei den folgenden Ausführungen ausgegangen werden. Daneben beanspruchen sie aber auch dann Geltung, wenn man die auf die den Lohn forzahlenden Arbeitgeber zu übertragenden Ansprüche auf der Grundlage einer Drittschadensliquidation oder in Analogie zu den angeblich in den cessio-legis-Vorschriften enthaltenen Schadensfiktionen konstruiert.

allein die "Transportfunktion" der eine Legalzession bewirkenden Vorschriften.¹²³⁾

a) Der Gerechtigkeitsverstoß als Voraussetzung für eine zulässige Analogie

Wie sich zeigen wird, darf daher auch die Bedeutung einer zu ihnen gebildeten Analogie nicht überschätzt werden. Denn auch dann, wenn eine entsprechende Anwendung nicht möglich sein sollte, können Rückgriffsberechtigungen des Drittleistenden wirksam begründet werden; der Geschädigte ist dann verpflichtet, seine Ansprüche gegen den Schädiger an den Dritten auf dessen Verlangen hin abzutreten.¹²⁴⁾

Im Rahmen der Prüfung einer Analogie wird sich deshalb, da insbesondere seit Erlaß des § 4 Lohnfortzahlungsg und auch schon des § 87 a BBG¹²⁵⁾ sowie in den Unterhaltsfällen in Ansehung des § 1607 Abs. 1 BGB¹²⁶⁾ kaum mehr Zweifel an der Ähnlichkeit der geregelten mit den nicht geregelten Fällen bestehen werden, die Problematik dahingehend zuspitzen, ob ein solches Vorgehen überhaupt erforderlich ist.

Denn ob man nur deshalb, weil bei der Gehaltsfortzahlung an Angestellte oder bei der Erbringung von Unterhaltsleistungen kein gesetzlicher Forderungsübergang stattfindet, eine Lücke im Gesetz, somit eine planwidrige Unvollständigkeit¹²⁷⁾, die unter anderem auf ein unbewußtes Fehlverhalten des Gesetzgebers zurückzuführen sein kann¹²⁸⁾, an-

123) Anders v. Altrock, vgl. S. 46, 55, der schon den von ihm angenommenen fingierten Schaden im Wege einer Analogie feststellt und erst im Anschluß daran die entsprechende Anwendung der cessio-legis-Vorschriften bezüglich des Forderungsübergangs prüft.

124) Daß die insoweit relevanten Abtretungsverpflichtungen unter Umständen ebenfalls auf einer Analogie beruhen, ist ein anderes Problem, das gesondert zu beurteilen ist. Die hier gestellte Frage richtet sich auf die Bildung einer darüber hinausgehenden Analogie.

125) Vgl. Marschall v. Bieberstein S. 225 FN. 7.

126) Siehe zur Analogie zu § 1607 Abs. 2 BGB Thiele, AcP 167, 193, 223.

127) Vgl. zur "Lücke im Gesetz" als Voraussetzung einer

zunehmen vermag, erscheint fraglich.¹²⁹⁾ Um eine Gesetzeslücke feststellen zu können, deren Ausfüllung nicht nur zu einer beliebigen Korrektur des Gesetzgebers führt, muß nämlich der nicht geregelte Sachverhalt derart gestaltet sein, daß ein Bedürfnis danach besteht, die gesetzlichen Vorschriften auf ihn zu übertragen; das bedeutet, daß die Bildung einer Analogie nur dann zulässig ist, wenn man dadurch, daß man sie ablehnen würde, einen Zustand andauern lassen würde, der mit den Prinzipien der Gerechtigkeit nicht in Einklang steht.¹³⁰⁾

Daraus ergibt sich nun folgendes: Allein der Unterschied zwischen gesetzlichem und rechtsgeschäftlichem Forderungsübergang bei ergebnismäßig gleicher Rückgriffsberechtigung des Drittleistenden stellt keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung dar. Es muß vielmehr dem Gesetzgeber überlassen bleiben, ob er das von ihm verfolgte Ziel auf dem einen oder aber auf dem anderen Wege zu erreichen versucht. Daß er dabei im Rahmen der Abtretungslösung dem Drittleistenden zumutet, sich im Gegensatz zur automatischen Entstehung einer Forderungsberechtigung selbst um die Durchsetzung seines

Analogie Larenz, Methodenlehre, S. 350 ff., insb. S. 358.

128) Daß der Gesetzgeber bei § 4 Lohnfortzahlungsgesetz eine weitergehende Regelung vergessen habe, nimmt ohne weitere Begründung Neumann-Duesberg, BB 1970, 493, 494 an.

129) Das vertritt aber Neumann-Duesberg, BB 1970, 493, 495; man wird hier jedoch äußerstenfalls einen bei Vornahme selbständiger Wertungen erkennbaren und damit nur de lege ferenda korrigierbaren Fehler des Gesetzes annehmen können; vgl. dazu Larenz, Methodenlehre, S. 354; a.A. Neumann-Duesberg, BB 1970, 493, 494; die behauptete Unvollständigkeit aus der inneren Zielsetzung des Gesetzes zu erklären gelingt ihm nicht.

130) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 359; ders., Allgemeiner Teil, S. 58, § 4, II. Auch Neumann-Duesberg, BB 1970, 493, 494 verlangt ein Gebotensein der Gleichbehandlung, geht dabei aber nicht auf die sonstigen Möglichkeiten, den Ersatzanspruch des Geschädigten übergehen zu lassen, ein.

Anspruchs gegen den Geschädigten zu kümmern, kann nicht als Gerechtigkeitsverstoß angesehen werden.¹³¹⁾ Denn auf der anderen Seite verbleibt ihm dadurch, daß er keine Abtretung zu verlangen braucht, sondern dem Geschädigten die doppelte Anspruchsberechtigung belassen kann, auch die Möglichkeit, diesen zu begünstigen. Die Bedeutung dieses Gesichtspunktes darf unter dem Aspekt der grundsätzlich garantierten Privatautonomie keineswegs als gering angesehen werden.¹³²⁾ Er wird insbesondere bei den Unterhaltsfällen relevant, darf aber auch im Rahmen der Gehaltsfortzahlung nicht unterschätzt werden.

Dieser Besserstellung des Geschädigten steht auch nicht das Verbot entgegen, sich in der Folge eines schädigenden Ereignisses zu bereichern. Denn insoweit treffen nicht zwei Schadensersatzansprüche, sondern ein Versorgungs- und ein Schadensersatzanspruch aufeinander; eine Kumulation ist somit zulässig.¹³³⁾

Der in diesem Zusammenhang anklingende Gedanke, der Ersatzanspruch des Geschädigten müsse unbedingt übergehen,¹³⁴⁾ kann, wie sich aus den obigen Überlegungen ergibt, in seiner Allgemeinheit nicht aufrechterhalten werden. Er mag zwar für Zahlungen aus öffentlichen Kassen gelten;¹³⁵⁾ ihn für

131) So richtig v. Altrock S. 56 mit seinem Hinweis auf die §§ 255, 281 BGB; auch nach diesen Vorschriften hängt der Ausgleich von der Initiative des Dritteleistenden ab.

132) Insoweit ergeben sich auch weitere Bedenken gegen die von Ehmann vertretene Annahme, daß in den Dritteistungsfällen ein Gesamtschuldverhältnis vorliege. Auch hier wird dem Dritten, insbesondere bei Unterhaltsleistungen, vgl. Ehmann S. 320 f., die Begünstigungsmöglichkeit genommen. Ausgehend von dieser wird Ehmann auch auf Schwierigkeiten bei einer Einordnung der §§ 90, 91 BSHG stoßen, die den Forderungsübergang an eine Überleitungserklärung anknüpfen; ob der Leistende Rückgriff nehmen oder dem Geschädigten begünstigen will, bleibt ihm überlassen.

133) Vgl. dazu die Rechtsgedanken der §§ 255 (vgl. Palandt-Heinrichs Anm. 1 zu § 255) und 840 BGB.

134) Siehe hierzu die Andeutungen bei Ehmann S. 299 und Neumann-Duesberg, BB 1970, 493, 494.

135) Das gilt, im Gegensatz zur Lohnfortzahlung an Angestellte, in gewissem Umfang auch bei der Lohnfortzahlung nach § 1 Lohnfortzahlungsg., vgl. §§ 10 ff. Lohnfortzahlungsg.

private Leistungen generell heranzuziehen, ist jedoch nicht angängig. Dort wird es nämlich der Interessenlage vollauf gerecht, wenn dem Arbeitgeber oder dem Unterhaltspflichtigen nur dann, wenn er sich zu einem Rückgriff entschließt, eine Anspruchsberechtigung zur Verfügung gestellt wird.

Daneben darf, worauf auch Ehmann¹³⁶⁾ hinweist, nicht vernachlässigt werden, daß durch die analoge Anwendung der eine cessio legis anordnenden Vorschriften in den Rechtsbestand des Geschädigten eingegriffen wird, ein solches Vorgehen aber nur auf Grund Gesetzes oder, von dringenden Ausnahmen abgesehen, eines allgemeinen im Gesetz niedergelegten Prinzips, nicht aber im Wege einer Analogie erfolgen sollte. Wenn Marschall v. Bieberstein¹³⁷⁾ auf praktische Unzulänglichkeiten einer Analogie zu den Zessionsstatbeständen unter dem Gesichtspunkt möglicherweise uneinheitlicher Rechtsprechung hinweist, so kann dem nur Randbedeutung beigemessen werden.

b) Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich somit feststellen, daß eine analoge Anwendung der eine cessio legis anordnenden Bestimmungen zur Begründung einer Rückgriffsberechtigung in gesetzlich diesbezüglich nicht geregelten Drittleistungsfällen, also sowohl bei der Fortzahlung von Bezügen an einen Angestellten als auch bei der Erbringung auf gesetzlicher Grundlage beruhender Unterhaltsleistungen nicht möglich ist.¹³⁸⁾

136) Ehman S. 301.

137) Marschall v. Bieberstein S. 225; er selbst hegt keine dogmatischen Bedenken gegen eine Analogie.

138) Vgl. zur Gehaltsfortzahlung: Erman-Küchenhoff Rdnr. 79 zu § 616; Palandt-Putzo Anm. 5c zu § 616; Fikentscher S. 325, § 58, I und S. 473, § 79, II 4c; Selb, Studie, S. 68 f.; RGZ 92, 401, 406; BGHZ 13, 360, 366; BGH NJW 1954, 1153, 1154; BGH VersR 1966, 233, 234; offengelassend Medicus S. 390, § 35, II 3c; a.A. Palandt-Heinrichs Vorbem. 7c ee vor § 249 und Anm. 2a zu § 421 sowie Neumann-Duesberg, BB 1970, 493, 495.
Zu Unterhaltsleistungen: Palandt-Heinrichs Vorbem. 7 c gg zu § 249; Soergel-Zeuner Rdnr. 24 zu § 843; a.A. Thiele, AcP 167, 193, 223.

Das gilt sowohl für die oben herangezogenen §§ 4 Lohnfortzahlungsg.,⁸⁷ a BBG, 1607 Abs. 2 BGB als insbesondere auch für die anderweitigen eine Legalzession anordnenden Vorschriften wie z. B. die §§ 1542 RVO oder 67 VVG. Zum einen gelten auch für die letztgenannten Bestimmungen die obigen Überlegungen sinngemäß. Zum anderen sind die in ihnen geregelten Sachverhalte von der Gehaltsfortzahlung bzw. Unterhaltsleistung aber auch in solchem Maße verschieden, was zur Folge hat, daß auch unterschiedliche Abwicklungsmodalitäten bestehen,¹³⁹⁾ daß auch aus diesem Grunde zumindest eine Gesetzesanalogie ausscheidet. Aber auch eine Rechtsanalogie¹⁴⁰⁾ wird man, da die eine cessio legis bewirkenden Vorschriften keinen allgemeinen Rechtsgedanken enthalten, abzulehnen haben. Es verbleibt vielmehr bei der von der herrschenden Meinung vertretenen Abtretungskonstruktion, deren Einzelheiten im folgenden darzulegen sein werden.

Der unter anderem vom Bundesgerichtshof¹⁴¹⁾ vertretenen Ansicht, daß eine Analogie deshalb nicht möglich sei, weil es sich bei den Zessionsbestimmungen um nicht analogiefähige Ausnahmenvorschriften handeln würde, kann jedoch in dieser Allgemeinheit nicht zugestimmt werden. Denn zum einen ist es unter bestimmten Voraussetzung durchaus möglich, auch zu gesetzlichen Ausnahmen eine Analogie zu bilden.¹⁴²⁾ Zum anderen erscheint es doch äußerst zweifelhaft, ob, insbesondere seit der Einführung der §§ 87a BBG und 4 Lohnfortzahlungsg., überhaupt noch ein Ausnahmecharakter der hier fraglichen Vorschriften angenommen werden kann.¹⁴³⁾

139) Darauf weist insbesondere v. Altrock S. 55 hin.

140) Vgl. zu ihren Voraussetzungen und dem Unterschied zur Gesetzesanalogie Larenz, Methodenlehre, S. 365.

141) Vgl. z.B. BGHZ 13, 360, 366 und BGH NJW 1954, 1153, 1154, beide jedoch vor Erlaß des § 87a BBG; BGH VersR 1966, 233, 234, zwar nach Einführung des § 87a BBG, jedoch ohne Begründung. Zur selben Gesetzeslage v. Altrock S. 56 und auch nach Erlaß des § 4 Lohnfortzahlungsg. noch Fikentscher S. 325, § 58, I. Vgl. auch Schmalz, NJW 1953, 445, 446 und Machleid, JZ 1952, 644, 645.

142) Vgl. dazu etwa Marschall v. Bieberstein S. 225.

143) Siehe hierzu insbesondere Ehmann S. 301.

D) Die Abtretung eines Schadensersatzanspruchs zwecks
Begründung einer Rückgriffsberechtigung

Neben den oben aufgezeigten Möglichkeiten eines gesetzlichen Forderungsübergangs und neben der später darzustellenden Geltendmachung eigenständiger Aufwendungsersatzansprüche bildet die rechtsgeschäftliche Abtretung von Schadensersatzansprüchen den dritten Weg, dem in der Regel mittelbar geschädigten Drittleistenden eine Rückgriffsberechtigung einzuräumen. Da bereits im bisherigen Verlauf der Arbeit sowohl die Einordnung des Regresses in die bürgerlichrechtliche Ersatzsystematik als auch die Grundlagen der Gesamtschuld mit ihren Bezügen zu anderen Regreßformen aufgezeigt wurden, können sich die folgenden Ausführungen auf die kurze Darstellung der verbleibenden Kernfragen beschränken. Den Ausgangspunkt bilden dabei fünf charakteristische Fallgestaltungen.

1. Die Gehaltsfortzahlung an Angestellte

In diesem Zusammenhang ergeben sich zwei Hauptprobleme; zum einen fragt es sich nämlich, warum der Ersatzanspruch des Geschädigten trotz Drittleistung entstehen kann bzw. bestehen bleibt - daß er besteht, wird man als heute herrschende Meinung¹⁴⁴⁾ anzusehen haben - und, da weder Gesamtschuld noch gesetzlicher Forderungsübergang vorliegen, auf welcher Grundlage der Arbeitgeber die Abtretung dieses Anspruchs verlangen kann.

144) Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann Rdnr. 59 zu § 616; Palandt-Heinrichs Vorbem. 7c ee vor § 249; Erman-Küchenhoff Rdnr. 79 zu § 616; BGB-RGRK-Nastelski Anm. 81 vor §§ 249-255; Fikentscher S. 304, § 55, V 3; Medicus S. 390, § 35, II 3 b; Marschall v. Bieberstein S. 221 ff.; Ehmann S. 290; Nipperdey, ZAKDR 1938, 262, 263; Dietz, NJW 1952, 589; Machleid, JZ 1952, 644, 645 f.; Dersch, BB 1952, 891, 892; G. und D. Reinicke, NJW 1953, 1243, 1244.
Einen Schaden des Arbeitnehmers leugnen diejenigen, die eine Drittschadensliquidation befürworten; vgl. Soergel-Vlotzke-Wolze Rdnr. 48 zu § 616; Esser, Bd. 1, S. 296 f., § 43, II 5a; Larenz, Bd. I, S. 367, § 30, IID; Breithaupt, NJW 1953, 97; Kollhosser, AcP 166, 277, 306 f.
Eine Regreßmöglichkeit leugnen Siebert S. 691 f. und Schmalzl, NJW 1953, 445, 447.
Die Rechtsprechung bejaht im wesentlichen einen Schadens-

a) Der Erwerbsausfallschaden des Arbeitnehmers

Ausschlaggebend für die Schwierigkeiten, die bei der Feststellung eines eigenen Erwerbsausfallschadens eines Arbeitnehmers auftraten, war die Tatsache, daß man im Anschluß an das Reichsgericht¹⁴⁵⁾ glaubte, seine Entstehung mit der Differenztheorie nicht feststellen zu können; die Bezüge werden ja trotz Erwerbsunfähigkeit fortgezahlt. Aus diesem Grunde ging der Bundesgerichtshof in seinem ersten Lohnfortzahlungsurteil¹⁴⁶⁾ davon aus, daß die Verpflichtung nach § 616 Abs. 1 BGB nur der Krankenkasse gegenüber nach § 616 Abs. 2 BGB unabdingbar sei. Dem Schädiger gegenüber würden die allgemeinen Grundsätze über die Vorteilsausgleichung gelten; er könne sich auf die Unabdingbarkeit, da dieser nur relative Wirkung beikomme, und damit auf die Gehaltsfortzahlung als an sich freiwillig geleisteten Vorteil nicht berufen.

Als Folge der in der Literatur¹⁴⁷⁾ an dieser Konstruktion geübten Kritik deklarierte der Bundesgerichtshof in einem späteren Urteil¹⁴⁸⁾, insbesondere unter Heranziehung des Rechtsgedankens des § 843 Abs. 4 BGB¹⁴⁹⁾, die Gehaltsfortzahlung als Leistung mit Fürsorgecharakter; auf diesem Wege eröffnete sich ihm die Möglichkeit, da nun an sich kein "Gehalt" fortgezahlt wurde, den Eintritt eines Erwerbsausfallschadens anzunehmen. Für die Nichtanrechnung der erbrachten Leistungen konnte er sich dann weiterhin auf die allgemeinen Grundsätze über die Vorteilsausgleichung berufen,

eintritt beim Verletzten; vgl. z.B. BGHZ 7, 30, 50; BGHZ 21, 112, 117; BGHZ 43, 378, 381; BGH NJW 1963, 1051 f.

145) Vgl. RGZ 15, 114 f.; 17, 45, 47; 64, 350, 354; siehe dazu Marschall v. Bieberstein S. 202 f. und Ehmann S. 275 f.

146) BGHZ 7, 30, 47 f.; vgl. dazu insbesondere Dersch, BB 1952, 891, 892.

147) So insbesondere Siebert S. 675 ff. und dazu Ehmann S. 270.

148) BGHZ 21, 112 ff.

149) BGHZ 21, 112, 116 f.; so auch schon Nipperdey, ZAkDR.

wie sie für aus Anlaß eines Schadensereignisses gemachte Drittzuwendungen, die nur den Dritten begünstigen sollen, gelten.

Nach richtiger Auffassung kann es jedoch für die Entscheidung, ob ein Schadensersatzanspruch des Verletzten besteht oder nicht, keinen Unterschied machen, ob wiederkehrende Bezüge fortgezahlt oder nachträgliche Leistungen erbracht werden.¹⁵⁰⁾ Das ergibt sich daraus, daß im Rahmen der Schadensfeststellung nach der Differenztheorie auch über die mit der eigentlichen Vorteilsausgleichung verbundenen Fragen hinaus die Einbeziehung der Aktivposten in die Schadensrechnung nach wertenden Gesichtspunkten zu erfolgen hat; sie entsprechen denjenigen, die bei der Entscheidung über eine Vorteilsanrechnung heranzuziehen sind.¹⁵¹⁾ Eine Umdeutung des Anspruchs auf Lohnfortzahlung in einen Versorgungsanspruch erübrigt sich damit.¹⁵²⁾ Der Rechtsge-
danke des § 843 Abs. 4 BGB kann auch ohne diesen Umweg, soweit es erforderlich erscheint, im Rahmen der vorzunehmenden Wertungen Beachtung finden.

Ob man in der Beantwortung der Frage, inwieweit das fortgezahlte Gehalt schadensmindernd zu berücksichtigen ist, als Folge der oben vorgenommenen Gleichstellung schon be-

1938, 262, 263; vgl. dazu aber Siebert S. 680 ff. Der Hinweis auf § 843 Abs. 4 BGB ist auch heute in der Literatur noch gängig; vgl. z.B. Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann Rdnr. 59 zu § 616; Soergel-R.Schmidt Rdnr. 58 zu §§ 249-253; Fikentscher S. 304, § 55, V 3; Ehmann S. 276 f. Siehe auch schon G. und D. Reinicke, NJW 1953, 1243.

150) So grundlegend Marschall v. Bieberstein S. 202 ff.; Selb, Studie, S. 63; vgl. auch Ehmann S. 275 ff., der dieses Ergebnis allein aus einer sachgerechten Anwendung der Regeln über die Vorteilsausgleichung - der Anspruch auf Lohnfortzahlung entsteht gleichzeitig mit dem Schadensersatzanspruch - gewinnt. A.A. Larenz, Bd. I, S. 367, § 30, II d; Esser, Bd. 1, S. 297, § 43, II 5a; Siebert S. 677 f.; Kollhosser, ACP 166, 277, 285.

151) So Marschall v. Bieberstein S. 203; siehe auch Selb, Studie, S. 63: "Beide Male" (bei verhindertem und bei beseitigtem Schaden) "geht es um dasselbe normative Verständnis des Schadens."

152) So auch Selb, Studie, S. 61; auch BGHZ 43, 378 ff. spricht nicht mehr von Versorgungsleistungen; er stellt vielmehr

stehender und erst nach dem Schadensereignis erwachsender Vorteile einen Anwendungsfall der Regeln über die Vorteilsausgleichung zu sehen hat,¹⁵³⁾ kann dahinstehen. Eine diesbezügliche Entscheidung vermag die Erwägungen nicht zu beeinflussen, die bei der Feststellung des Erwerbsausfallschadens des verletzten Arbeitnehmers anzustellen sind.

Betrachtet man den Vorteil "fortgezahltes Gehalt" in Anwendung der oben aufgezeigten Grundsätze unter wertenden Gesichtspunkten, so ergibt sich, daß er bei der Schadensberechnung keine Berücksichtigung finden, somit keine einen Schadenseintritt hindernde Wirkung entfalten kann. Zum einen stellt er sich als Gegenleistung dafür dar, daß der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt. Er ist vom Geschädigten allein zum Zwecke seiner eigenen Besserstellung erkaufte. Zum anderen würde seine Anrechnung den mit der Gehaltsfortzahlung verfolgten sozialpolitischen Zwecken widersprechen.¹⁵⁴⁾

Der Schädiger kann sich somit nicht auf die tatsächlich bedarfsdeckende Wirkung der Gehaltsfortzahlung berufen. Gerade er soll aus ihr keinen Vorteil ziehen.¹⁵⁵⁾

die Notwendigkeit wertenden Vorgehens in den Vordergrund.

153) Vgl. dazu Marschall v. Bieberstein S. 203, der einer Ausdehnung des Bereichs, in dem die Grundsätze über die Vorteilsausgleichung Anwendung finden, auf schon bestehende Vorteile zuzuneigen scheint; siehe auch Ehmann S. 275 ff., 290 und dazu oben FN. 150.

154) So etwa Medicus S. 390, § 35, II 3 b.

155) Vgl. dazu etwa Ehmann S. 288 und auch schon G. und D. Reinicke, NJW 1953, 1243 sowie BGHZ 21, 112, 117.

Der auf diese Weise festgestellte Erwerbsausfallschaden eines Arbeitnehmers ist schadensersatzrechtlich gesehen ein realer Schaden.¹⁵⁶⁾ Von einem nur "fingierten" Schaden¹⁵⁷⁾ zu sprechen, wird der Tatsache, daß sein Vorhandensein durch die fortgezählten Bezüge in keiner Weise berührt wird, nicht gerecht. Da seine Feststellung auf der Einführung wertender Gesichtspunkte in die Differenzrechnung beruht - das gilt sowohl bei Zugrundelegung der Grundsätze über die Vorteilsausgleichung als auch bei davon gesonderter Nichtberücksichtigung der Gehaltsfortzahlung - kann man ihn jedoch als normativen Schaden bezeichnen.¹⁵⁸⁾ Es handelt sich somit um einen Schaden, der zwar rechtlich gegeben ist, dessen wirtschaftliches Vorliegen jedoch zumindest zweifelhaft sein kann.¹⁵⁹⁾

Neben der bisher dargestellten herrschenden Meinung tritt Hagen¹⁶⁰⁾ die Auffassung, daß dem verletzten Arbeitnehmer schon deshalb ein eigener Schadensersatzanspruch zustünde, der zu Regreßzwecken auf den Arbeitgeber übergeleitet werden könne, weil die menschliche Arbeitskraft als solche ein vermögenswertes Gut darstelle. Es dürfte jedoch zu weit gehen, ein Persönlichkeitsgut in dieser Weise zu kommerzialisieren. Die Beeinträchtigung der menschlichen Arbeitskraft kann vielmehr erst dann als zum Schadensersatz verpflichtend angesehen werden, wenn ein konkreter Erwerbs-

156) Vgl. Selb, Studie, S. 67; Marschall v. Bieberstein S. 204; auch die Rechtsprechung scheint von einem realen Schaden auszugehen; vgl. BGHZ 42, 76, 79 f., 82; 43, 378, 381 f.; BGH VersR 1965, 793; 1966, 89, 90; siehe dazu aber Marschall v. Bieberstein S. 204 FN. 53.

157) So v. Altrock z.B. S. 76.

158) Vgl. Palandt-Heinrichs Vorbem. 2c vor § 249; auf die Meinungsunterschiede beim Begriff des "normativen Schadens" kann hier nicht näher eingegangen werden, vgl. dazu etwa Mertens S. 50 ff.; es geht hier allein darum, darauf hinzuweisen, daß ein wertendes Vorgehen im Rahmen der Schadensfeststellung erforderlich ist. Insoweit darf normativ nicht mit fingiert verwechselt werden; vgl. Selb, Studie, S. 67; vgl. aber Marschall v. Bieberstein S. 204 FN. 53.

159) Vgl. zu dieser allgemeinen Begriffsbestimmung Medicus S. 390, § 35, II 3b.

160) Hagen, JuS 1969, 61, 68 f.

ausfall feststellbar ist.¹⁶¹⁾

Der Umfang des in der Person des Arbeitnehmers entstehenden Schadensersatzanspruchs wird nach herrschender Ansicht¹⁶²⁾ durch den Bruttolohn zuzüglich der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung bestimmt. Insbesondere hier setzt die Kritik an, die von Larenz¹⁶³⁾ und Kollhosser¹⁶⁴⁾ gegen die oben dargestellte Auffassung, die von einem eigenen Erwerbsausfallschaden des Arbeitnehmers ausgeht, geäußert wird. Sie verneinen da sie eine Normativierung des Arbeitnehmerschadens ablehnen, einen Schadenseintritt beim Verletzten. Insbesondere leugnen sie, daß die Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung normativ erfaßt werden könnten.¹⁶⁵⁾ Sie billigen dem Verletzten allein die Möglichkeit zu, im Wege der Drittschadensliquidation den Frustrierungsschaden¹⁶⁶⁾ bzw. das Drittinteresse¹⁶⁷⁾ des Arbeitgebers geltend zu machen.

Da sich diese Ansichten nur darin von der herrschenden Meinung unterscheiden, daß sie auf abweichender dogmatischer Grundlage zu gleichen Ergebnissen gelangen, auch nach ihnen sind Bruttolohn und Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung zu ersetzen¹⁶⁸⁾, erübrigt es sich in diesem Zusammenhang

161) Siehe Mertens S. 152; BGHZ 54, 45, 50. Die Beeinträchtigung der Arbeitskraft des den Haushalt führenden Ehegatten vermag dagegen als ersatzfähiger Schaden angesehen zu werden; vgl. etwa Palandt-Thomas Anm. 4 Ad aa zu § 843 und insb. BGH-GSZ- 50, 304, 306.

162) Vgl. dazu BGHZ 42, 76, 84; 43, 378, 382; BGH VersR 1965, 793, 794; 1966, 89, 90. Auf die Kontroverse um die Brutto-(III. Senat des BGH) oder Nettolohnmethode (VI. Senat des BGH) kann hier nicht näher eingegangen werden; vgl. dazu Geigel S. 131 ff. Der III. Senat hat in BGH NJW 1965, 793, 794 Übereinstimmung im Ergebnis festgestellt; vgl. auch Wussow S. 534.

163) Larenz, Bd. I, S. 367 f., § 30, II d.

164) Kollhosser, AcP 166, 277, 296 ff.

165) Vgl. insbesondere Kollhosser, AcP 166, 277, 297.

166) So Larenz, Bd. I, S. 367, § 30, II d und Mertens S. 192 FN. 95.

167) So Kollhosser, AcP 166, 277, 303 ff., der einen Schaden des Arbeitgebers ablehnt und von Regreßinteresse spricht, vgl. S. 307.

168) Vgl. Larenz, Bd. I, S. 367, § 30, II d; Kollhosser, AcP 166, 277, 307.

auf sie in detaillierter Form einzugehen. Auf folgendes sei jedoch hingewiesen: Abgesehen davon, daß eine dergestalt vorgenommene Begründung einer Rückgriffsberechtigung - auch der Anspruch auf Ersatz des Drittschadens ist an den Arbeitgeber abzutreten¹⁶⁹⁾ - schon deshalb auf Schwierigkeiten stößt, weil sowohl Schadens-¹⁷⁰⁾ bzw. Gefahrverlagerung¹⁷¹⁾ als auch schon der behauptete Schadenseintritt beim Lohnfortzahlenden¹⁷²⁾ zweifelhaft sind, erscheint sie gegenüber der herrschenden Meinung auch als ein Rückschritt.¹⁷³⁾ Sie greift auf außergesetzliche Ersatzformen zurück, obwohl durch die Zulassung wertender Schadensermittlung Lösungsmöglichkeiten eröffnet werden, die sich allein aus dem Gesetz begründen lassen.

Bei gleichzeitig oder nachträglich entstehenden Vorteilen werden auch von Larenz¹⁷⁴⁾ und Kollhosser¹⁷⁵⁾ Wertungen herangezogen, um zu interessengerechten Ergebnissen zu gelangen.¹⁷⁶⁾ Demgegenüber erscheint es widersprüchlich, bezüglich der schon vor dem Schadensereignis bestehenden Vorteile wertendes Vorgehen bei der Schadensermittlung auszuschließen und sich auf die rein tatsächliche Differenzrechnung zu beschränken. Im Ergebnis führt dies zu einer unzulässigen Umkehrung des rangmäßigen Verhältnisses des Rückgriffs zur Schadensliquidation im Drittinteresse.¹⁷⁷⁾ Erst dann, wenn die vom Gesetz eröffneten Ersatzmöglich-

169) Siehe Larenz, Bd. I, S. 368, § 30, II d unter Hinweis auf § 242 BGB; Kollhosser, AcP 166, 277, 308.

170) Vgl. hierzu Marschall v. Bieberstein S. 230; v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 271 ff. Man kann einen eigenen Schaden des Verletzten eben nicht leugnen; so aber Larenz, Bd. I, S. 367, § 30, II d.

171) Vgl. Kollhosser, AcP 166, 277, 306.

172) Vgl. hierzu Medicus S. 390, § 35, II 3 b.

173) So auch Hagen, JuS 1969, 61, 66; zur mangelnden Interessenverknüpfung vgl. v. Altrock S. 49 f. m.w.N.

174) Larenz, Bd. I, S. 362 ff., § 30, II.

175) Kollhosser, AcP 166, 277, 285.

176) Unter Umständen ist es sogar möglich, den Anspruch auf Lohnfortzahlung als gleichzeitig entstehenden Vorteil anzusehen, vgl. Ehmann S. 276; Bedenken ergeben sich jedoch insoweit, als man dadurch die einheitliche Lohnzahlung aufspaltet und damit wiederum in die Nähe

keiten, zu denen auch die von der herrschenden Meinung bei der Lohnfortzahlung angenommenen Regreßberechtigungen gehören, ausgeschöpft und dennoch Lücken feststellbar sind, können anderweitige ersatzrechtliche Konstruktionen in Erwägung gezogen werden.¹⁷⁸⁾

Wenn man aber einmal anerkannt hat, daß im Rahmen der Schadensfeststellung Wertungen auch dann zulässig sein müssen, wenn es um die Frage nach der Entstehung eines Schadens geht, dann müssen auch die Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung als Erwerbsausfallschaden des Arbeitnehmers angesehen werden. Der Begründung des Bundesgerichtshofs¹⁷⁹⁾ ist zuzustimmen; er führt aus, daß, "da der gesamte Erwerb, wie er ohne Fürsorgebestimmungen bei zeitweiser Arbeitsunfähigkeit wegfallen würde, den normativen Schaden" ausmache, "auch die im Interesse des Arbeitnehmers fortgezählten Arbeitgeberanteile darunter" fielen.

Zusammenfassend läßt sich somit feststellen, daß nur die Annahme eines eigenen Schadensersatzanspruchs des Arbeitnehmers im oben aufgezeigten Umfange in Verbindung mit einer rechtsgeschäftlichen Abtretung zur Begründung einer Rückgriffsbefugnis und damit zur Erreichung einer interessengerechten Lastenverteilung zwischen Schädiger und Drittleistendem geeignet ist. Es ist nicht angängig, zu diesem Zweck auf eine Schadensliquidation im Drittinteresse zurückzugreifen.¹⁸⁰⁾

der als überflüssig abzulehnenden Charakterisierung als Fürsorgeleistung, wie sie in BGHZ 21, 112 ff. enthalten ist, kommt.

177) Vgl. dazu schon oben in diesem Abschnitt V, S. 155.

178) So auch Hagen, JuS 1969, 61, 67.

179) Vgl. BGHZ 43, 378, 383; siehe dazu aber Kollhosser, AcP 166, 277, 297 f.

180) Siehe dazu auch ausführlich Siebert S. 688 ff., der jedoch jegliche Rückgriffsmöglichkeit ablehnt.

b) Der Anspruch des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer auf Abtretung des Schadensersatzanspruchs

Allein das Vorhandensein eines Schadens beim Arbeitnehmer ermöglicht dem Arbeitgeber noch keinen Rückgriff; Voraussetzung dafür ist, da eine Legalzession nicht stattfindet¹⁸¹⁾, die notfalls gerichtlich durchsetzbare, rechtsgeschäftliche Überleitung des Schadensersatzanspruchs. Die insoweit erforderliche Abtretungsverpflichtung - daß schon mit Abschluß des Arbeitsvertrages eine antizipierte Abtretung vorgenommen worden ist, wird sich nur in Ausnahmefällen feststellen lassen - kann nicht unmittelbar dem Gesetz entnommen werden: § 281 BGB ist nicht direkt anwendbar, da er als Folge der bei ihm vorzunehmenden engen Auslegung - unter den Begriff des "Gegenstandes" sind nur Sachen im Sinne des § 90 BGB und Rechte zu subsumieren - Handlungen und Unterlassungen, sollten diese unmöglich werden, nicht erfaßt.¹⁸²⁾ Auch § 255 BGB greift nicht direkt ein, da der Arbeitgeber nicht für den Verlust einer Sache oder eines Rechts Ersatz zu leisten hat.¹⁸³⁾

Möglich ist jedoch die entsprechende Anwendung der in diesen Vorschriften enthaltenen Rechtsgedanken. Ob man dabei § 281 BGB¹⁸⁴⁾ oder § 255 BGB¹⁸⁵⁾ analog heranzuziehen

181) Vgl. oben in diesem Abschnitt, V C 3, S. 189 ff.

182) Siehe dazu z.B. Erman-Battes Rdnr. 4 zu § 281; Staudinger-Werner Rdnr. 2 zu § 281; Palandt-Heinrichs Anm. 1 b zu § 281; Kollhosser, AcP 166, 277, 308 stützt den auf Abtretung der auf den Ersatz der Drittinteressen gerichteten Anspruch auf eine direkte Anwendung des § 281 BGB; vgl. auch Soergel-Wlotzke-Volze Rdnr. 49 zu § 616.

183) Siehe hierzu z.B. Staudinger-Werner Rdnr. 2 zu § 255.

184) So Erman-Küchenhoff Rdnr. 79 zu § 616; Selb, Studie, S. 69; Machleid, JZ 1952, 644, 646; G. und D. Reinicke, NJW 1953, 1243, 1244; Thiele, AcP 167, 193, 218; kritisch Staudinger-Werner Rdnr. 18 zu § 255.

185) So z.B. Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann Rdnr. 59 zu § 616; Palandt-Putzo Anm. 5 c zu § 616; Fikentscher S. 305, § 55, V 5; Dietz, NJW 1952, 589; BGHZ 21, 112, 119 f.

hat, kann hier dahingestellt bleiben.¹⁸⁶⁾ Im übrigen wird man es auch für zulässig zu halten haben, sich zur Begründung der Abtretungsverpflichtung auf beide Vorschriften zu berufen; denn beide sollen, falls der Inanspruchgenommene Abtretung verlangt, jeweils für ihren Anwendungsbereich eine dann ungerechtfertigte Bereicherung des Geschädigten verhindern.¹⁸⁷⁾ Weiterhin ist es auch möglich, sowohl aus dem der Gehaltsfortzahlung zugrundeliegenden Arbeitsvertrag¹⁸⁸⁾ als auch schon aus dem Charakter der Drittleistungen als Versorgungsmaßnahmen¹⁸³⁾ auf eine Abtretungsverpflichtung zu schließen.

Die Befugnis des Arbeitgebers, Abtretung des Schadensersatzanspruchs zu verlangen, wird auch nicht durch § 400 BGB berührt. Diese Bestimmung kann nur dann ihre einen Forderungsübergang hindernde Wirkung entfalten, wenn ihr Normzweck, den einzelnen Gläubiger und die Allgemeinheit zu schützen, zutrifft.¹⁹⁰⁾ Im Rahmen der Lohnfortzahlung dient die Abtretung jedoch allein dazu, dem Arbeitgeber, der im Schadensfall eine Versorgung gewährt hat¹⁹¹⁾, den Rückgriff gegen den Schädiger zu ermöglichen. Der geschädigte Arbeitnehmer

186) Vgl. dazu, daß es auf eine Entscheidung nicht ankommt, Marschall v. Bieberstein S. 228 FN. 26; Siebert S. 674 FN. 12; vgl. aber auch Selb, Studie, S. 67.

187) So insbesondere v. Altrock S. 77 f.; vgl. zu dem Gedanken des Bereicherungsausschlusses Palandt-Heinrichs Anm. 1 zu § 255; Erman-Battes Rdnr. 1 zu § 281; Marschall v. Bieberstein S. 228.

188) Vgl. z.B. Marschall v. Bieberstein S. 227; v. Altrock S. 77 (Treuepflicht des Arbeitnehmers); Larenz, Bd. I, S. 368, § 30, II d verweist für die Abtretung des Drittschadensersatzanspruchs auf § 242 BGB.

189) Darauf weist noch Marschall v. Bieberstein S. 227 f. hin.

190) Vgl. etwa Palandt-Heinrichs Anm. 1 zu § 400; BGH-GSZ-4, 153, 156; BGHZ 7, 30, 52; 13, 360, 368 f.; 21, 112, 120; BGH LM Nr. 5 zu § 400 BGB; BGHZ 59, 153, 156 f.

191) Daß der Geschädigte die Drittleistung empfangen haben muß, betont im Anschluß an die in FN. 190 aufgeführte Rechtsprechung insbesondere Marschall v. Bieberstein S. 211.

wird durch die Abtretung nicht beeinträchtigt;¹⁹²⁾ auch können in ihrer Folge keine Belastungen der Allgemeinheit dergestalt, daß Sozialleistungen erbracht werden müßten, eintreten. Ihre allein relevanten Auswirkungen sind vielmehr darin zu sehen, daß sie eine interessengerechte Abwicklung des Dreipersonenverhältnisses zwischen Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Schädiger ermöglichen.

Verlangt der Arbeitgeber keine Abtretung, so kann der Arbeitnehmer aus eigenem Recht gegen den Schädiger vorgehen. Ob er dabei Leistung an sich selbst oder an den Arbeitgeber zu verlangen hat, wird man davon abhängig zu machen haben, ob er die Schadensersatzleistungen zusätzlich zum fortgezählten Gehalt behalten darf oder ob dem Arbeitgeber auch ohne Forderungsübergang Ausgleich für die von ihm erbrachten Leistungen zukommen soll.¹⁹³⁾

2. Die Fortzahlung der laufenden Bezüge eines Gesellschafters

Wird ein mitarbeitender Gesellschafter entweder einer Personen- oder auch einer Kapitalgesellschaft¹⁹⁴⁾ von einem Dritten zurechenbar in der Weise verletzt, daß er seiner Tätigkeit zumindest zeitweise nicht mehr nachgehen kann, so gelten bei der Fortzahlung von Bezügen die gleichen Grundsätze wie im Falle der Arbeitsunfähigkeit eines Angestellten. Die von der Gesellschaft weiterhin erbrachten Leistungen haben keinen Einfluß auf den Ersatzanspruch des Gesellschafters wegen des Erwerbsausfallschadens; um der fortzahlenden Gesellschaft einen Rückgriff zu ermöglichen, kann der geschädigte Gesellschafter seine Forderungen gegen

192) Siehe hierzu v. Altrock S. 81.

193) Vgl. dazu Erman-Küchenhoff Rdnr. 79 zu § 616; G. und D. Reinicke, NJW 1953, 1243, 1244.

194) Auf die Rechtsform der Gesellschaft kommt es dabei nicht an; vgl. Marschall v. Bieberstein S. 129 insb. FN. 5.

den Schädiger an diese abtreten.¹⁹⁵⁾

Dabei ist es unschädlich, daß sich die Fortzahlung nicht auf eine gesetzliche Verpflichtung gründet, sondern daß sie, wenn sie nicht überhaupt freiwillig erfolgt, nur auf dem Gesellschaftsvertrag beruht. Die oben dargelegten Grundsätze gelten eben nicht nur bei gesetzlich angeordneter, sondern auch bei freiwilliger oder auf vertraglicher Verpflichtung beruhender Fortzahlung laufender Bezüge.¹⁹⁶⁾ Das ergibt sich schon daraus, daß sich die Wertungen, die im Rahmen der Schadensfeststellung vorzunehmen sind, nur am Zweck, nicht aber am Rechtsgrund der einen Vorteil darstellenden Drittleistungen ausrichten. Gerade dieser Zweck ist aber immer der gleiche: nicht der Schädiger soll entlastet werden, sondern dem Geschädigten soll unverzügliche soziale Sicherung zukommen.¹⁹⁷⁾

Problematisch ist in diesem Zusammenhang allein die Feststellung eines Erwerbsausfallschadens des verletzten Gesellschafters. Diese Beeinträchtigung darf nicht mit dem Gewinnentgang verwechselt werden, der sich beim unmittelbar Verletzten als zu ersetzender Folgeschaden, in bezug auf die übrigen Gesellschafter - abgesehen von besonderen Fallgestaltungen, in denen er ausnahmsweise als koinzidierendes Haftungsinteresse auf den Schädiger abgewälzt werden kann¹⁹⁸⁾ - als nicht ersatzfähiger mittelbarer Schaden dar-

195) Siehe hierzu Marschall v. Bieberstein S. 265 f.; vgl. zu diesem Zusammenhang aus der Rechtsprechung: BGH NJW 1963, 1051, 1052; BGH VersR 1964, 626, 627; BGH BB 1966, 1411; BGH VersR 1967, 83, 84; BGH NJW 1970, 95, 96; BGH VersR 1971, 570, 571; BGH NJW 1971, 1136; OLG Hamm MDR 1966, 502.

196) Für freiwillig fortgezahlte Bezüge betont das insbesondere BGH VersR 1964, 626, 627. Bei diesen anerkennt auch Kollhosser, AcP 166, 277, 308 FN. 105 einen eigenen Schaden des Verletzten.

197) Vgl. Marschall v. Bieberstein S. 246.

198) Siehe hierzu auch Geigel S. 129. Voraussetzung hierfür ist, daß der Geschädigte den anderen Gesellschaftern, und zwar nicht nur für den Fall einer fremdverursachten Verletzung - insoweit würde es sich um eine unzulässige bedingte Garantievereinbarung handeln -, Ausgleich für den diesen infolge seiner Arbeitsunfähigkeit entgangenen Gewinn schuldet.

stellt.¹⁹⁹⁾

Die Rechtsprechung²⁰⁰⁾ geht davon aus, daß nur dann ein auszugleichender Erwerbsausfallschaden vorliegt, wenn zwischen der Gesellschaft und dem Geschädigten entweder ein vom Gesellschaftsvertrag unabhängiger Dienstvertrag²⁰¹⁾ oder eine über die Gewinnverteilung hinausgehende besondere Tätigkeitsvergütung vereinbart ist. Dagegen wird der im Gewinnanteil enthaltene Unternehmerlohn nicht berücksichtigt.

Hiergegen wendet sich Marschall v. Bieberstein²⁰²⁾: Er vertritt die Auffassung, daß insoweit, als in dem weiterhin von der Gesellschaft gezahlten Gewinnanteil ein notfalls nach § 287 ZPO zu schätzender Unternehmerlohn enthalten sei, ein ersatzfähiger Erwerbsausfallschaden vorliege; der auf seinen Ersatz gerichtete Anspruch sei auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrages²⁰³⁾ an die Gesellschaft abzutreten sei.

Welcher dieser Ansichten zu folgen ist, kann hier nicht endgültig entschieden werden. Gegen die von Marschall v. Bieberstein vertretene Ausweitung der Regreßmöglichkeiten einer drittgeschädigten Gesellschaftspricht jedoch die dann nicht zu vermeidende Unsicherheit bei der Ermittlung des Erwerbsausfallschadens. Denn ob man den Gewinnanteil wirklich ziffernmäßig in den Gewinn an sich und den Unternehmerlohn aufteilen kann, erscheint doch zweifelhaft.

3. Die Erbringung auf gesetzlicher Verpflichtung beruhender Unterhaltsleistungen

Hat derjenige, der kraft Gesetzes unterhaltspflichtig ist, zu denken ist dabei in erster Linie an die §§ 1601 ff. BGB,

199) Vgl. Wussow S. 545 und OLG Celle MDR 1960, 400.

200) Siehe dazu neben den in FN. 195 angegebenen Fundstellen insbesondere BGH VersR 1964, 1243, 1244 und dazu Marschall v. Bieberstein S. 244 f.

201) Vgl. hierzu Marschall v. Bieberstein S. 128 f.

202) Marschall v. Bieberstein S. 244 ff., insb. S. 245.

an einen zurechenbar geschädigten Unterhaltsberechtigten Leistungen zu erbringen bzw. erbracht, so fragt es sich, ob und inwieweit ihm Rückgriffsberechtigungen gegen den Schädiger zustehen können.

a) § 843 Abs. 4 BGB

§ 843 Abs. 4 BGB regelt einen Ausschnitt aus der mit der Vorteilsausgleichung zusammenhängenden Problematik; soweit ein Unterhaltspflichtiger die Minderung der Erwerbsfähigkeit oder einen vermehrten Bedarf kraft Gesetzes auszugleichen hat, soweit also ein Unterhaltsanspruch des Verletzten festgestellt werden kann, kommt das einem Schädiger, der diese Beeinträchtigungen verursacht hat, nicht zugute.²⁰³⁾ Der gegen ihn gerichtete Schadensersatzanspruch des Unterhaltsberechtigten bleibt bestehen.

Der in § 843 Abs. 4 BGB enthaltene allgemeine Rechtsgedanke, daß von dritter Seite erbrachte Versorgungsleistungen den Schädiger nicht begünstigen sollen, erfordert nach zwei Richtungen hin eine ausdehnende Interpretation dieser Vorschrift.²⁰⁵⁾ Zum einen gilt § 843 Abs. 4 BGB nicht nur für Rentenverpflichtungen;²⁰⁶⁾ er muß vielmehr auch dort direkt zur Anwendung kommen, wo der Unterhaltspflichtige einmalige Leistungen, seien es Arzt- bzw. Krankenhauskosten oder sonstige Aufwendungen zu erbringen hat. Es würde dem Sinn

203) Daneben kommt wiederum der in den §§ 255, 281 BGB enthaltene Rechtsgedanke in Betracht; vgl. Marschall v. Bieberstein S. 245 f.

204) Vgl. zur ratio des § 843 Abs. 4 BGB etwa Staudinger-Schäfer Rdnr. 73 zu § 843 und aus der Rechtsprechung BGHZ 9, 179, 191; 13, 360, 364; 21, 112, 116 f.; 22, 72, 74 f.; BGH VersR 1970, 41, 42; BGH NJW 1971, 2069, 2070.

205) Daß dieser Rechtsgedanke auch über Unterhaltsleistungen hinaus Bedeutung erlangt, wurde schon in der bisherigen Darstellung deutlich; vgl. in diesem Abschnitt, V D 1a, S. 196 f. und zusammenfassend Staudinger-Schäfer Rdnr. 96 ff. zu § 843.

206) Vgl. dazu etwa BGB-RGRK-Kreft Anm. 16 zu § 843; Erman-Drees Rdnr. 32 zu § 843; Enneccerus-Lehmann S. 999, § 248, III 2 f.; RGZ 65, 162, 163 f.; 132, 223, 224 f.; RG JW 1936, 1667; BGH VersR 1957, 790.

des dem Unterhaltsberechtigten gegen den Unterhaltspflichtigen eingeräumten Anspruchs widersprechen, wenn er den Schadensersatzanspruch in diesen Fällen zum Wegfall brächte.²⁰⁷⁾

Zum anderen muß § 843 Abs. 4 BGB auch für schon erbrachte Unterhaltsleistungen Geltung beanspruchen können;²⁰⁸⁾ das gilt sowohl für Renten- als auch für einmalige Leistungen. Nicht nur der Unterhaltsanspruch, sondern auch die erbrachte Unterhaltleistung darf den Ersatzanspruch gegen den Schädiger nicht berühren. Hält man insoweit eine direkte Anwendung des § 843 Abs. 4 BGB nicht für möglich, so ist doch zumindest der in ihm enthaltene allgemeine Rechtsgedanke heranzuziehen.²⁰⁹⁾ Die Annahme, § 843 Abs. 4 BGB erlaube nur in den Fällen noch zu erbringender Unterhaltsleistungen eine Versagung der Vorteilsanrechnung, widerspricht dem Zweck, der sowohl nach der Zielvorstellung des Gesetzgebers als auch nach dem Willen des Leistenden mit Zuwendungen verfolgt wird, die auf eine Unterhaltungspflicht hin gemacht werden. Mit ihnen soll in aller Regel ausschließlich der Geschädigte begünstigt werden; damit stünde es nicht in Einklang, sie daneben in irgendeiner Weise auch dem Schädiger zugute kommen zu lassen. Dieser soll vielmehr auch dann, wenn der Geschädigte unterhaltsberechtig ist, den bei diesem verursachten Schaden in letzter Konsequenz in vollem Umfange tragen.

207) Vgl. zur Konkurrenz von Schadensersatz- und Unterhaltsanspruch Selb, Studie, S. 73, der das Fortbestehen als selbstverständlich ansieht; siehe auch Esser, Bd. 1, S. 344, § 48, III 2 c und Thiele, AcP 167, 193, 221.

208) Das ist heute h.M.; vgl. Staudinger-Schäfer Rdnr. 74 zu § 843; Palandt-Thomas Anm. 7 zu § 843; Larenz, Bd. I, S. 366, § 30, II c; Esser, Bd. 1, S. 344 f., § 48, III 2 v; Thiele, AcP 167, 193, 219 ff.; RGZ 65, 162, 163 f.; 92, 57, 59; 132, 223, 224 f.; 138, 1, 2 f.; BGHZ 22, 72, 78; 50, 304, 306. A.A. Erman-Drees Rdnr. 32 zu § 843; Enneccerus-Lehmann S. 999, § 248, III 2 f.; vgl. auch noch Esser, MDR 1957, 522, 523; insoweit wurde ein Zessionsregreß und auch ein Rückgriff nach den §§ 812 ff. bzw. 677 ff. BGB abgelehnt.

209) Vgl. Soergel-Zeuner Rdnr. 22 zu § 843.

b) Die Rückgriffsberechtigung des Unterhaltspflichtigen

Dem Drittleistenden stehen in der Regel keine Ansprüche aus ursprünglich eigenem Recht gegen den Schädiger zu. Als mittelbar Geschädigter kann er, abgesehen von § 826 BGB oder einer im Einzelfall vorliegenden Vertragsverletzung, keine eigenen Schadensersatzansprüche gegen den Rückgriffsverpflichteten geltend machen.

aa) Ansprüche des Unterhaltspflichtigen aus den
§§ 677 ff., 812 ff. BGB

Ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677 ff. BGB, wird ebenfalls regelmäßig nicht feststellbar sein, da bis auf Ausnahmefälle, in denen der Dritte zumindest gleichzeitig auch die Schadensersatzforderung nach § 267 BGB erfüllt, kein fremdes Geschäft mit den entsprechenden subjektiven Voraussetzungen geführt wird.²¹⁰⁾ Die Aufwendungen des Unterhaltsleistenden erfolgen vielmehr grundsätzlich allein in Erfüllung seiner eigenen gesetzlichen Unterhaltspflicht.²¹¹⁾

Daneben werden auch Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung, §§ 812 ff. BGB, in der Regel nicht gegeben sein. Die Leistungskondiktion kann dabei grundsätzlich deshalb

210) Auf die Problematik der "Auchgestion" soll hier nicht weiter eingegangen werden; vgl. dazu etwa Selb, Studie, S. 30 f. Der Schadensersatzanspruch bleibt trotz der Unterhaltsleistungen bestehen; eine automatische Mitteilung findet nur bei der hier nicht vorliegenden Gesamtschuld statt. Einseitige Miterfüllung gibt es im Gegensatz zur einseitigen Vorteilsausgleichung nicht, vgl. Selb, Studie, S. 31.

211) Vgl. insgesamt grundlegend Selb, Studie, S. 30 ff. Den Regreß über die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag befürwortet heute insbesondere noch Erman-Drees RdNr. 32 zu § 843, der jedoch gewährte Unterhaltsleistungen als Vorteil anrechnet. Dabei verkennt er einerseits den Unterschied zwischen Erfüllung und Beseitigung der Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs, vgl. dazu Ehmann S. 85, andererseits bleibt auch bei ihm der Fremdgeschäftsführungswille unklar. Für die h.M. lehnt er die §§ 677 ff. BGB ab. Vgl. auch Palandt-Heinrichs Vorbem. 7 c gg vor § 249, der eine

nicht eingreifen, weil dann, wenn der Unterhaltspflichtige seine Zuwendungen nicht ausnahmsweise mit der Zielsetzung des § 267 BGB erbringt, der Schädiger nicht durch eine Leistung des Dritten bereichert ist. Zum einen fehlt es an der Zuwendungsabsicht des Unterhaltspflichtigen gegenüber dem Schädiger; zum anderen wird letzterer auch nicht von seiner Verbindlichkeit frei.²¹²⁾

Darüber hinaus entfällt auch eine Nichtleistungskondiktion. Denn sollte § 267 BGB - was dann aber zu einer Leistungskondiktion führen würde - nicht vorliegen, verhindert die nach § 843 Abs. 4 BGB versagte Vorteilsausgelichung ein Freiwerden und damit eine Bereicherung des Schädigers, die an den Anspruchsteller herausgegeben werden könnte.

bb) Der Zessionsregreß

Es besteht somit, da mangels Gleichstufigkeit der konkurrierenden Verbindlichkeiten auch kein Gesamtschuldverhältnis vorliegt²¹³⁾, allein die Möglichkeit, eine Regreßberechtigung des unterhaltspflichtigen Dritteleistenden auf den Schadensersatzanspruch des unmittelbar Verletzten zu gründen. Zu diesem Zweck bedarf es einer Überleitung dieser Forderung auf den mittelbar Geschädigten. Dabei ist jedoch ein gesetzlicher Forderungsübergang in Analogie insbesondere zu § 1607 Abs. 2 Satz 2 BGB abzulehnen.²¹⁴⁾ Zum einen besteht für ihn, wie sich zeigen wird, kein Bedürfnis; zum an-

Vorteilsanrechnung ablehnt und dennoch Geschäftsführungsansprüche zubilligt. Wie hier Soergel-Zeuner Rdnr. 24 zu § 843; Esser, Bd. 1, S. 446, § 59, IV 3.

212) Vgl. hierzu insbesondere Selb, Studie, S. 35 mit Hinweisen auf die ältere Gegenansicht; Staudinger-Schäfer Rdnr. 76 zu § 843; Soergel-Zeuner Rdnr. 24 zu § 843. Einen Rückgriff über Bereicherungsvorschriften nehmen dagegen Palandt-Heinrichs Vorbem. 7 c gg vor § 249 und Palandt-Thomas Anm. 7 zu § 843 sowie Esser, Bd. 1, S. 447, § 59, IV 4. an.

213) A.A. Ehmann S. 319 ff.

214) Vgl. dazu Staudinger-Schäfer Rdnr. 77 zu § 843 und auch schon oben in diesem Abschnitt, V C 3, S. 189 ff.
A.A. Thiele, AcP 167, 193, 223. Larenz, Bd. I, S. 366, § 30, II c erwägt eine Analogie zu den §§ 1648 und 1709 Abs. 2 BGB.

deren nimmt er dem Drittleistungspflichtigen die Möglichkeit, den Geschädigten dadurch zu begünstigen, daß er ihm neben dem Unterhaltsanspruch bzw. den in dessen Erfüllung erbrachten Leistungen eine zusätzliche Anspruchsberechtigung beläßt.

Den Interessen aller Beteiligten wird nur eine rechtsgeschäftliche Abtretung gerecht. Da jedoch die Entstehung der Berechtigung, im Rückgriffswege gegen den Schädiger vorzugehen, nicht vom Willen des Geschädigten abhängig sein darf, muß dem Drittleistenden ein Abtretungsanspruch zugebilligt werden. Dieser ergibt sich sowohl aus dem Charakter der den Unterhaltsleistungen zugrundeliegenden Verpflichtung²¹⁵⁾ als auch aus dem Rechtsgedanken des § 255 BGB.²¹⁶⁾ Die Verpflichtung, Unterhaltsleistungen zu erbringen, stellt sich gegenüber derjenigen, Schadensersatz zu leisten, als nachrangig dar. Der zur Ausgleichung eines einmaligen oder dauernden vermehrten Bedarfs Verpflichtete erbringt bei einer Schädigung des Berechtigten Vorschußleistungen, für die ihm, wenn er den Geschädigten nicht bereichern will, Ausgleich gebührt und die die endgültige Schadenstragungspflicht des Schädigers unberührt lassen.

Dagegen wird man in dem hier fraglichen Zusammenhang den Rechtsgedanken des § 281 BGB nicht heranziehen können. Zwar soll auch er, wenn das dem Willen des Ersatzleistenden entspricht, eine dann ungerechtfertigte Bereicherung²¹⁷⁾ des

215) So Larenz, Bd. I, S. 366, § 30, II c.

216) So insgesamt auch Staudinger-Schäfer Rdnr. 88 zu § 843; Soergel-Zeuner Rdnr. 24 zu § 843; Selb, Studie, S. 77 ff.; Thiele, AcP 167, 193, 223. Larenz, Bd. I, S. 386 FN. 1, § 32, II lehnt eine entsprechende Anwendung des § 255 BGB ab, da der Unterhaltspflichtige nicht Schadensersatz leiste. Ist der Unterhaltspflichtige gleichzeitig gesetzlicher Vertreter des Unterhaltsberechtigten, so ist eine Abtretung als Insichgeschäft zulässig. § 181 BGB steht nicht entgegen, da eine Verpflichtung des Unterhaltsberechtigten wahrgenommen wird.

217) Das ist h.M.; vgl. z.B. Erman-Battes Rdnr. 1 zu § 281; a.A. Selb, Studie, S. 69, der in § 281 BGB eine Einschränkung des § 275 BGB sieht. Da die Vermögensverschiebung erst dann ungerechtfertigt ist, wenn ein Herausgabeverlangen gestellt wird, handelt es sich bei § 281 BGB um einen verhaltenen Anspruch; vgl. Palandt-Heinrichs Anm. 2a zu § 281.

Geschädigten verhindern, doch fehlt es am Surrogatscharakter der dem Verletzten zustehenden Schadensersatzansprüche, wie er im Rahmen des § 281 BGB kennzeichnend²¹⁸⁾ und z.B. auch dem abzutretenden Ersatzanspruch des verletzten Arbeitnehmers zueigen ist²¹⁹⁾.

4. Der Rückgriff eines Drittleistenden gegen den Schädiger in sonstigen Fällen

Die Regreßmöglichkeiten, die durch eine Forderungsabtretung eröffnet werden, wurden im bisherigen Verlauf der Darstellung an Hand dreier exemplarischer Fallgruppen behandelt. Um die Rückgriffsansprüche, die einem Dritten auf dieser Grundlage zustehen können, insgesamt zu erfassen, gilt es nun im folgenden, diejenigen allgemeinen Grundsätze aufzuzeigen, die für jedes Zusammentreffen einer Drittleistungs- mit einer Schadensersatzpflicht gelten; maßgebliche Bedeutung wird dabei wiederum der Entscheidung über das Bestehenbleiben des Schadensersatzanspruchs trotz Drittleistung zukommen. Entsprechend dem Vorgehen im bisherigen Verlauf der Arbeit soll dagegen die Erörterung der Frage, in welchem Verhältnis die so gefundenen Rückgriffsmöglichkeiten zu den übrigen Dritt-ersatzberechtigungen stehen, ob also diese Rechtsinstitute etwa auf einen gemeinsamen Rechts- bzw. Billigkeitsgedanken beruhen, späteren Erörterungen vorbehalten bleiben.

Läßt sich kein Gesamtschuldverhältnis feststellen, so daß der Leistung des Dritten keine Gesamtwirkung nach § 422 Abs. 1 BGB - die wiederum den Regreß nach § 426 Abs. 1 und Abs. 2 BGB nach sich zieht - zukommt, und bestimmt der Dritte seine Zuwendung auch nicht nach § 267 BGB als Erfüllung der Verbindlichkeit des Schädigers²²⁰⁾, so richtet sich die

218) Vgl. hierzu z.B. Staudinger-Werner Rdnr. 1 zu § 281.

219) Darauf weisen insbesondere Selb, Studie, S. 70 und Machleid, JZ 1952, 644, 645 f. hin.

220) Dann können Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigter Bereicherung oder einem sonstigen Innenverhältnis in Betracht kommen.

Frage nach dem Bestehenbleiben der Schadensersatzforderung allein nach den allgemeinen Prinzipien der Vorteilsausgleichung. Hat dabei nach Sinn und Zweck der Drittleistung eine Anrechnung zu erfolgen, so erlischt - und zwar infolge einer Beseitigung des Schadens - die Ersatzverpflichtung.²²¹⁾ Ein Regreß findet mangels eines übertragbaren Anspruchs nicht statt.

Soll dagegen die bedarfsdeckende Zuwendung nur dem Geschädigten zugute kommen, das ist z.B. bei von diesem erkauften Versicherungsleistungen²²²⁾ oder aber auch bei der Erfüllung der Kirchenbaulast²²³⁾ der Fall, bleibt der Ersatzanspruch bestehen. Er kann, sollte er nicht kraft Gesetzes übergehen²²⁴⁾, entsprechend dem Rechtsgedanken des § 255 BGB²²⁵⁾ zur Begründung einer Rückgriffsberechtigung an den Drittleistenden übergeleitet werden. Wie das auch schon in den bisher behandelten Fällen eines durch Abtretung oder cessio legis eröffneten Regresses zu beobachten war, findet auch insoweit keine doppelte Inanspruchnahme des Schädigers statt.²²⁶⁾ Vielmehr erfolgt allein eine Auswechslung des dem Schädiger gegenüberstehenden Gläubigers.

221) Das ist z.B. bei vom Schädiger zugunsten des Geschädigten abgeschlossenen Versicherungen der Fall; vgl. Marschall v. Bieberstein S. 251 f.

222) Vgl. Marschall v. Bieberstein S. 250 f.

223) So die Fallgestaltung in RGZ 82, 206 ff. (Dombrandfall). Das Reichsgericht griff noch auf Geschäftsführung ohne Auftrag zurück (vgl. S. 214 ff.). Siehe zu der hier vertretenen Lösung Selb, Studie, S. 31; Larenz, Bd. I, S. 385, § 32, II; Thiele, AcP 167, 193, 224 f.; vgl. aber Esser, Bd. 1, S. 447, § 59, IV 4, der nur bei Erbringung der Drittleistungen Zug um Zug gegen Abtretung des Schadensersatzanspruchs dessen Fortbestehen annimmt, dagegen bei Vorleistung des Baulastpflichtigen nur die Rückgriffskondition zuläßt; vgl. auch Frotz, JZ 1964, 665, 669 f., der allein auf den Bereicherungsregreß abstellt.

224) Vgl. zur Anwendung des § 67 VVG auf die als Schadensversicherung ausgestaltete Personenversicherung Marschall v. Bieberstein S. 152 f. und S. 248 f., jeweils mit weiteren Nachweisen. Siehe insbesondere auch LG Frankfurt NJW 1964, 1729 f.

225) So Thiele, AcP 167, 193, 225; a.A. Larenz, Bd. I, S. 386 FN. 1, § 32, II, der auf § 242 BGB und den Charakter der Leistungspflicht abstellt.

226) Die Vermeidung einer doppelten Inanspruchnahme macht ins-

Erfüllt dagegen der Schadensersatzschuldner vor dem Drittleistungspflichtigen, so entfallen die Voraussetzung der den letzteren treffenden Verbindlichkeit. Da der Schaden des Verletzten ausgeglichen ist, besteht für eine als Vorschuß anzusehende Zuwendung kein Bedürfnis mehr; würde sie dennoch erbracht, träte Kumulation der Ersatzleistungen beim Geschädigten ein. Ein Rückgriff auf den Schädiger ist unmöglich geworden; ein abtretbarer Ersatzanspruch kann nicht mehr festgestellt werden.

Die Drittleistungspflicht erlischt dagegen trotz Wegfalls des Schadens ausnahmsweise dann nicht, wenn sie auf die Fortzahlung laufender Bezüge gerichtet ist. Denn insoweit ist sie als Folge der einheitlichen Natur des Lohn- bzw. Gehaltsanspruchs mit dem Schadensersatzanspruch in keiner Voraussetzung verbunden.²²⁷⁾ Man wird jedoch, um eine Kumulation der Ersatzleistungen verhindern zu können, dem Fortzahlenden entsprechend § 281 BGB einen Anspruch auf Herausgabe der Ersatzleistungen zuzubilligen haben. Unter Umständen kann auch eine Aufrechnung zulässig sein.²²⁸⁾

5. Der Rückgriff eines Schädigers auf der Grundlage eines abgetretenen Anspruchs

Alle bisher unter V. dargestellte Möglichkeiten, eine Rückgriffsberechtigung in der Person desjenigen zu begründen, der einen Drittwirkungsschaden hinzunehmen hatte, gingen von den Interessen solcher Drittleistender aus, die "Versorgungsleistungen" zu gewähren haben. Dieser Ansatzpunkt soll mit den folgenden Ausführungen verlassen

besondere dann Schwierigkeiten, wenn sowohl eine Verteilsanrechnung versagt als auch dem Drittleistenden ein eigener Ersatzanspruch aus den §§ 677 ff., 812 ff. BGB zugebilligt wird; so z.B. Palandt-Heinrichs Vorbem. 7 c gg vor § 249; vgl. dazu Selb, Studie, S. 55.

227) So auch Selb, Studie, S. 68. Diese einheitliche Auffassung vom Lohnanspruch steht in einem gewissen Gegensatz zu § 255 BGB, der gerade, wie zu zeigen sein wird, von einer einseitigen Beseitigung der Anspruchsvoraussetzungen ausgeht. Es erscheint jedoch als unbegründet, allein aus diesem Grunde den in § 255 BGB enthaltenen Rechtsgedanken, eine Bereicherung des Geschädigten

werden. In ihrem Mittelpunkt wird die Frage stehen, wann ein Schädiger, der nicht als Gesamtschuldner haftet, der Ersatz geleistet und auf den sich deshalb der Schaden umgesetzt hat, auf der Grundlage eines abgetretenen Anspruchs im Rückgriffswege gegen einen Dritten vorgehen kann.

a) § 255 BGB als gesetzlicher Ausgangspunkt

Eine Regelung dieser Frage enthält § 255 BGB. Diese Vorschrift eröffnet einem Schädiger, der für den Verlust einer Sache oder eines Rechts Ersatz zu leisten hat, die Möglichkeit, vom Geschädigten die Abtretung der auf dem Eigentum an der Sache bzw. der auf dem Recht beruhenden Ansprüche gegen den Dritten zu verlangen.

Wann dieser Abtretungsanspruch im Einzelfall besteht, ist zwar für viele Bereiche umstritten; man ist sich jedoch unter anderem insoweit einig, als es gilt, Forderungen, die auf einem von dem verletzten Gegenstand unabhängigen Rechtsverhältnis beruhen, von dem Anwendungsbereich des § 255 BGB auszunehmen. Sie gründen sich unzweifelhaft nicht auf das Eigentum an der Sache oder auf das Recht, für deren Verlust Ersatz zu leisten ist.²²⁹⁾ Besondere Bedeutung erlangt dies für Ansprüche gegen eine Versicherung; der auf Schadensersatz in Anspruch genommene Schädiger kann ihre Abtretung nicht verlangen. Die Versicherung wird entweder von ihren Verpflichtungen frei²³⁰⁾, oder aber es tritt Kumulation der Ersatzleistungen beim Geschädigten ein²³¹⁾.

zu vermeiden, als Grundlage für den Abtretungsanspruch des Arbeitgebers, der den Lohn fortgezahlt hat, gegen den Arbeitnehmer insgesamt auszuschneiden.

228) Vgl. Selb, Studie, S. 68.

229) Vgl. dazu etwa Staudinger-Werner Rdnr. 9 zu § 255; Erman-Sirp Rdnr. 3 zu § 255; Palandt-Heinrichs Anm. 5 zu § 255; BGB-RGRK-Nastelski Anm. 11 zu § 255; Selb, Studie, S. 23.

230) So etwa bei der Schadensversicherung; vgl. Marschall v. Bieberstein S. 143.

231) Das kann unter Umständen bei Leistungen auf eine Summenversicherung der Fall sein; vgl. Marschall v. Bieberstein S. 143 f.

b) Die Voraussetzungen für eine Anwendung des § 255 BGB

Um zu einer endgültigen Entscheidung darüber zu gelangen, wann ein Schädiger den Abtretungsanspruch aus § 255 BGB geltend machen kann, bedarf es nach dieser vorweggenommenen Eingrenzung der genauen Klärung der Voraussetzungen dieser Bestimmung. Da sich, wie noch zu zeigen sein wird, § 255 BGB und Gesamtschuld gegenseitig ausschließen,²³²⁾ wird dabei besonderes Gewicht auf die Frage zu legen sein, wie sich der Anwendungsbe- reich des Gesamtschuldregresses im Verhältnis zu dem des durch § 255 BGB eröffneten Rückgriffs erstreckt.

aa) Der Verlust von Sachen im Sinne des § 255 BGB

Auszugehen ist vom Begriff des Verlustes von Sachen - auf diesen soll im folgenden allein abgestellt werden, für den des Verlustes von Rechten gilt Entsprechendes-, dessen Aus- legung ebenso zweifelhaft ist wie die Beantwortung der Frage, was unter Ansprüchen zu verstehen ist, die auf Grund des Eigen- tums dem Ersatzberechtigten gegen Dritte zustehen. Die je- weiligen Inhalte dieser beiden Voraussetzungen des § 255 BGB stehen in einer engen wechselseitigen Beziehung zueinander.²³³⁾ Denn sieht man neben dem alleinigen Besitzentzug auch Be- schädigung²³⁴⁾ oder Eigentumsverlust²³⁵⁾ als Verlust der Sache im Sinne des § 255 BGB an, so muß man auch deliktische Scha- densersatzansprüche unter den Begriff der auf Grund des Eigen- tums an der Sache bestehenden Ansprüche subsumieren; deren Be- ruhen auf dem Eigentum ist jedoch - insbesondere bei dem durch die schädigende Handlung bewirkten Eigentumsverlust - im Ge- gensatz zu den dinglichen Ansprüchen der §§ 989 ff. BGB - die

232) Vgl. dazu hier nur Larenz, Bd. I, S. 382, § 32, I.

233) Das macht insbesondere Thiele, JuS 1968, 149, 153 deutlich.

234) So z.B. Selb, Studie, S. 24; vgl. aber z.B. BGB-RGRK-Nastelski Anm. 3 zu § 255, der eine Mittelmeinung ver- tritt und neben der Besitzentziehung nur den Eigentums- verlust als Verlust i.S.d. § 255 BGB ansieht; vgl. neuerdings auch die einschränkende Ansicht bei Selb, § 255 BGB, S. 547; a.A. auch Staudinger-Werner Rdnr. 2 zu § 255.

235) So Erman-Sirp Rdnr. 3 zu § 255; Palandt-Heinrichs Anm. 5 zu § 255; BGB-RGRK-Nastelski Anm. 10 zu § 255; Enneccerus-Lehmann S. 88, § 17, II 2; Selb, Studie, S. 24.

jedoch erst nach Besitzentzug eingreifen können - zumindest nicht offensichtlich.²³⁶⁾ Das gleiche müßte dann an sich auch für Bereicherungsansprüche aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB gelten, die ja ebenfalls den Ausgleich eines Eigentumsverlustes bezwecken.²³⁷⁾

Sieht man dagegen als Verlust der Sache nur die Besitzentziehung an,²³⁸⁾ so kann über § 255 BGB auch nur der Anspruch aus § 985 BGB²³⁹⁾ zuzüglich der Folgeansprüche aus den §§ 989 ff. BGB²⁴⁰⁾ zur Abtretung gelangen. § 255 BGB gewährt dann notwendigerweise immer nur eine einseitige Rückgriffsberechtigung.²⁴¹⁾

Da es nicht der Sinn des § 255 BGB sein kann, einen wechselseitigen Totalregreß zu ermöglichen²⁴²⁾ - eine solche Annahme würde zu unsinnigen Ergebnissen führen²⁴³⁾ -, wird

236) Vgl. in diesem Sinne Erman-Sirp Rdnr. 3 zu § 255; Palandt-Heinrichs Anm. 5 zu § 255; BGB-RGRK-Nastelski Anm. 10 zu § 255; Enneccerus-Lehmann S. 88, § 17, II 2; Selb, Studie, S. 24; Fischer S. 108.

237) Das vertreten Palandt-Heinrichs Anm. 5 zu § 255; BGB-RGRK-Nastelski Anm. 10 zu § 255; Erman-Sirp Rdnr. 3 zu § 255; Esser, Bd. 1, S. 346, § 48, IV; RG JW 1937, 2776, 2777; BGHZ 29, 157, 162; 52, 39, 42; vgl. aber BGHZ 59, 97, 102.

238) So Soergel-R.Schmidt Rdnr. 4 zu § 255; wohl auch Staudinger-Werner Rdnr. 3 i.V.m. Rdnr. 11 zu § 255; Planck-Siber Anm. 1, 2a zu § 255; wohl auch Larenz, Bd. I, S. 381, § 32, I; Thiele, JuS 1968, 149, 153 f.

239) Vgl. Soergel-R.Schmidt Rdnr. 4 zu § 255; Staudinger-Werner Rdnr. 11 zu § 255; Planck-Siber Anm. 2a zu § 255; Larenz, Bd. I, S. 381, § 32, I; Thiele, JuS 1968, 149, 153 f.

240) So ausdrücklich Staudinger-Werner Rdnr. 11 zu § 255; Thiele, JuS 1968, 149, 153 f.; unklar Larenz, Bd. I, S. 381 und FN. 1, § 32, I; Soergel-R.Schmidt Rdnr. 4 zu § 255 spricht von der Abtretung der aus dem Eigentum fließenden Ausübungsbefugnisse; a.A. Planck-Siber Anm. 2a, c zu § 255.

241) Nur einer der Verpflichteten kann Besitzer sein.

242) Grundlegend hierzu Selb, Studie, S. 22 f.

243) So auch Selb, Studie, S. 23.

diese Bestimmung von der oben dargestellten weiteren Ansicht über die Fälle bloßer Besitzentziehung hinaus nur dann angewandt, wenn sie glaubt, die das Vorliegen einer Gesamtschuld ausschließende Ungleichstufigkeit der konkurrierenden Verbindlichkeiten feststellen zu können.²⁴⁴⁾

Sie sieht in dieser Anwendung des § 255 BGB ein folgerichtiges Weiterdenken der Lehre von der einseitigen Vorteilsausgleichung für die Fälle, in denen nicht ein Schädiger und ein Dritt-leistungspflichtiger, sondern zwei Schädiger zusammentreffen:²⁴⁵⁾

Leiste der dem Schaden Näherstehende, so beseitige er die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des Drittdanspruchs. Es finde, im Gegensatz zur Leistung des Fernerstehenden, der nur gegen Abtretung der Ansprüche gegen den anderen Schädiger verpflichtet sei, eine Vorteilsanrechnung statt. Kommt diese Ansicht dagegen zu dem Ergebnis, daß keine rangmäßigen Unterschiede zwischen den Ersatzverpflichtungen bestehen, nimmt auch sie Gesamtschuld zu, wie dies jene, die in § 255 BGB nur eine "bloße Besitzregelung"²⁴⁶⁾ sieht, in allen Schadensfällen tun muß²⁴⁷⁾, die sich nicht nur als Besitzentziehungen darstellen.

bb) § 255 BGB und Gesamtschuldregreß

Bei der Beantwortung der Frage, welcher dieser beiden Auslegungen des § 255 BGB zu folgen ist, wird, wie sich aus dem oben Ausgeführten schon entnehmen läßt, im Vordergrund zu stehen haben, ob dieses insbesondere von Selb²⁴⁸⁾

244) Vgl. Selb, Studie, S. 24.

245) Vgl. Selb, Studie, S. 22.

246) So Selb, Studie, S. 23.

247) Diese Konsequenz verdeutlicht insbesondere Thiele, JuS 1968, 149, 154, Die Lehre von der einseitigen Vorteilsausgleichung wird damit nicht hinfällig, denn die von ihr erfaßten Fälle, z.B. das Zusammentreffen von Versicherer und Schädiger, werden auch nach dieser Ansicht nicht als Gesamtschuldfälle angesehen; anders aber Ehmann, der zwar in § 255 BGB ebenfalls nur eine "Besitzregelung" sieht (vgl. S. 59 ff.), aber auch in den verbleibenden Fällen einseitiger Vorteilsausgleichung Gesamtschuld annimmt.

248) Selb, Studie, S. 24.

zur Ablehnung einer Gesamtschuld vorgebrachte "dem Schaden Näher- bzw. Fernerstehen" mit der Ungleichstufigkeit identisch ist, wie sie oben als das allgemeine Prinzip gefunden wurde, das das Vorliegen einer Gesamtschuld ausschließt. Muß also immer dann, wenn ein Schädiger näher daran ist, einen Schaden zu tragen, einseitige Vorteilsausgleichung mit dem Regreß nach § 255 BGB erfolgen, oder genügt es, um eine interessengerechte Lösung zu finden, dem Näher- und Fernerstehen dadurch Rechnung zu tragen, daß man es im Rahmen des durch § 426 BGB ermöglichten flexiblen Regresses bei der Festsetzung unterschiedlicher Verursachungsbeiträge berücksichtigt?

Im einzelnen hat man bei der Abgrenzung von folgendem auszugehen: Es gilt den Sinn und Zweck des § 255 BGB zu ermitteln. Im Grundsatz besagt diese den Regeln über die Vorteilsausgleichung zumindest nahestehende²⁴⁹⁾ Bestimmung, daß der Geschädigte nicht durch die Kumulation zweier Ersatzleistungen, wozu man auch die einen Eigentumsverlust ausgleichende Erlösherausgabe nach § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB zu zählen haben wird, bereichert werden soll.²⁵⁰⁾ Für die Entscheidung darüber, wann der einseitige Totalregreß nach § 255 BGB und wann der in der Regel wechselseitige und insoweit teilweise Regreß nach § 426 BGB stattzufinden hat, somit welche Drittansprüche dem § 255 BGB unterfallen, ist jedoch allein mit dieser Aussage noch nichts gewonnen; denn dieses Ergebnis wird auch mit der gesetzlich angeordneten Gesamtwirkung der Erfüllung erreicht, wie sie für die Gesamtschuld kennzeichnend ist.

249) So z.B. Staudinger-Werner Rdnr. 7 f. zu § 255 oder Erman-Sirp Rdnr. 1 zu § 255, die darauf abstellen, daß der abzutretende Anspruch kein Vorteil im eigentlichen Sinne sei; vgl. aber Selb, Studie, S. 21, der eine solche Grenzziehung nicht anerkennt.

250) Vgl. dazu schon Mot. II bei Mugdan, Bd. II, S. 13 f.; das ist allgemeine Ansicht, vgl. etwa Soergel-R.Schmidt Rdnr. 1 zu § 255 oder Esser, Bd. 1, S. 345, § 48, IV; Siehe z.B. auch RGZ 53, 327, 328 f.

Für die Grenzziehung zwischen der einseitigen Vorteilsausgleichung und der Gesamtschuld hat man deshalb in erster Linie auf die Angemessenheit der Rechtsfolgen abzustellen. Allein ihre wertende Betrachtung erlaubt es, eine Entscheidung darüber zu treffen, ob die Zuordnung eines Anspruchs gegen einen nicht leistenden Dritten zu § 255 BGB zu interessengerechten Ergebnissen führt oder nicht. Es fragt sich also, in welchen Fällen des Zusammentreffens mehrerer Schädiger regelmäßig ein Bedürfnis für einen Totalregreß besteht und in welchen im Gegensatz dazu der infolge der entsprechenden Anwendung des § 254 BGB flexiblere Teilregreß nach § 426 BGB als sachgerechte Abwicklungsform anzusehen ist, inwieweit also trotz unterschiedlicher Verursachungsbeiträge noch Gleichstufigkeit im Sinne der Gesamtschulddefinition angenommen werden kann.

Dabei ist zu beachten, daß § 255 BGB als gegenüber dem den Gesamtschuldnerückgriff regelnden § 426 BGB subsidiäre Vorschrift²⁵¹⁾ nicht in den Fällen einer Schuldnermehrheit zur Anwendung gelangen kann, in denen eine gesamtschuldnerische Haftung feststellbar ist.²⁵²⁾ § 255 BGB darf vielmehr nur dann zur Begründung einer Regreßberechtigung herangezogen werden, wenn die Gesamtschuldregeln nicht passen. Ungleichstufigkeit der konkurrierenden Verbindlichkeiten liegt also immer nur dann vor, wenn die Verschiedenheit der Verursachungsbeiträge derart schwerwiegend ist, daß die Anwendung der §§ 421 ff. BGB und dabei insbesondere die des § 426 BGB nicht mehr zu interessengerechten Ergebnissen führen kann.

Bei der Vornahme der insoweit erforderlichen Wertungen darf nicht

251) So Staudinger-Werner Rdnr. 12 zu § 255; Soergel-R. Schmidt Rdnr. 4 zu § 255; Medicus S. 392, § 35, II 5; BGHZ 59, 97, 102; vgl. auch schon Fischer S. 108.

252) Vgl. aber Selb, Studie, S. 25 ff., der alle Fälle eines Zusammentreffens zweier Schädiger, in denen keine Erfüllungsgemeinschaft in dem von ihm vertretenen Sinne, vgl. a.a.O. S. 18, vorliegt, über § 255 BGB lösen will; die Gesamtschuld wird damit subsidiär; zustimmend jedoch Frotz, JZ 1964, 665, 667; siehe auch Raisch, JZ 1965, 703, 705; die Frage nach der Subsidiarität der

allein auf den Einzelfall abgestellt werden; denn unter Umständen kann auch einmal im Rahmen des § 426 BGB ein Bedürfnis bestehen, infolge eines besonders strukturierten Innenverhältnisses ausnahmsweise einen Totalregreß stattfinden zu lassen, ohne daß deshalb die Anwendung dieser Bestimmung nicht mehr sachgerecht wäre und der des § 255 BGB weichen müßte. Maßgebend muß vielmehr auch sein, ob der Teilregreß für typische Fälle die Auseinandersetzungsform darstellt, die den Eigenarten der bei diesen konkurrierenden Ansprüchen angemessen ist.

c) Der Anwendungsbereich des § 255 BGB

Geht man auf dem im bisherigen Verlauf vorgezeichneten Weg bei der Erfassung des § 255 BGB vor, so ergeben sich im einzelnen folgende Ergebnisse:

aa) Die Besitzentziehung

Besteht der Verlust der Sache in einer Besitzentziehung, so braucht der nicht besitzende Schädiger, wird er von dem geschädigten Eigentümer in Anspruch genommen, den gegen ihn gerichteten Schadensersatzanspruch nur Zug um Zug - ihm steht die Einrede des Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB zu²⁵³⁾ - gegen Abtretung des Eigentumsherausgabeanspruchs zu erfüllen.²⁵⁴⁾ Es handelt sich hierbei um den allgemein zitierten²⁵⁵⁾ Beispielsfall der konkurrierenden Schadensersatzverpflichtungen eines Diebs und eines nachlässigen Verwahrers. Leistet der vertragliche Ersatzschuldner dem Eigentümer vollen Ersatz, so dürfen diesem, will ihn der Schädiger nicht begünstigen, nicht auch noch die Rechte an der Sache verbleiben.²⁵⁶⁾ Denn andernfalls würde der Ersatz-

Gesamtschuld gegenüber § 255 BGB ist in BGHZ 52, 39, 45 offengelassen. Vgl. auch Dilcher, JZ 1967, 110, 115, der ausdrücklich auch im Falle der Besitzentziehung Gesamtschuld annimmt, § 255 BGB aber als speziellere Vorschrift ansieht.

253) Vgl. dazu etwa Palandt-Heinrichs Anm. 3 zu § 255 oder Staudinger-Werner Rdnr. 15 zu § 255.

254) Wie sich aus den bisherigen Ausführungen ergibt, wird insoweit die Anwendbarkeit des § 255 BGB nicht angezweifelt.

255) Vgl. z.B. Larenz, Bd. I, S. 381, § 32, I.

berechtigte, da der dingliche Anspruch auf den entzogenen Gegenstandes ja nicht untergegangen ist, bei seinem Wiederauftauchen um ihn infolge des Schadensereignisses ohne rechtfertigenden Grund bereichert sein; wurde bis zum Zeitpunkt der Wiedererlangung, obwohl Ersatz geleistet wurde, noch keine Abtretung vorgenommen, so kann dem Rechtsgedankens des § 255 BGB dadurch Rechnung getragen werden, daß das Geleistete nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zurückverlangt wird.²⁵⁷⁾

Wenn der Verwahrungsschuldner schon dem Eigentümer gleichsam für das Verhalten des Diebes einzustehen hat,²⁵⁸⁾ so muß er nach Ersatzleistung dem Dieb gegenüber die dem Eigentümer gegen diesen zustehenden Rechte geltend machen können. Zu diesen müssen neben dem Herausgabeanspruch auch die Folgeansprüche aus den §§ 989 ff. BGB gehören.²⁵⁹⁾ Die nachträgliche Verschlechterung stellt sich als Schaden des Ersatzleistenden dar; seine Regreßberechtigung wird wertmäßig geschmälert; mit dem Herausgabeanspruch allein erlangt er nur die beschädigte Sache. Eine Benachteiligung des Eigentümers kann durch die Abtretung der dinglichen Folgeansprüche nicht entstehen, denn dieser erlangt Zug um Zug gegen Abtretung des Herausgabeanspruchs vollen Ersatz für die unbeschädigte Sache. Es würden somit dem Ersatzleistenden, verblieben die Schadensersatzansprüche aus den §§ 989 ff. BGB beim Eigentümer, aus dem schädigenden Verhalten des Dritten nach dem ursprünglichen Schadensereignis weitere Nachteile und dem an sich Ersatzberechtigten insoweit ungerechtfertigte Vorteile erwachsen. In diesem Zusammenhang darf es keinen Unterschied machen, ob die Ver-

256) Man wird, um eine gegebenenfalls angestrebte weitere Rückabwicklung zwischen Geschädigtem und Ersatzleistendem nicht zu erschweren, in der Abtretung des Herausgabeanspruchs keine Übereignung nach § 931 BGB zu sehen haben; so auch Selb, § 255 BGB, S. 547; vgl. auch Larenz, Bd. I, S. 381 f. FN. 2, § 32, I mit einer Darstellung des Meinungsstandes.

257) Vgl. dazu Staudinger-Werner RdNr. 16 zu § 255 m.w.N.

258) So Selb, § 255 BGB, S. 547; bei Besitzentziehung trifft dieser Gedanke zu; wie sich aus dem folgenden ergeben wird, kann man ihn jedoch nicht als Charakteristikum des § 255 BGB ansehen; denn auch bei einer Be-

schlechterung vor oder nach der Abtretung des Herausgabeanspruchs bzw. der Erbringung der Ersatzleistung erfolgt.²⁶⁰⁾

bb) Schadensersatzansprüche bei Beschädigung und Eigentumsverlust

Nicht anzuwenden ist § 255 BGB dagegen bei Eigentumsverlust bzw. der Beschädigung einer Sache;²⁶¹⁾ insoweit handelt es sich nicht um einen Verlust der Sache im Sinne des § 255 BGB. Das Ziel, eine Bereicherung des Geschädigten zu vermeiden, ohne dabei die berechtigten Interessen insbesondere des Ersatzleistenden zu vernachlässigen, kann nur durch die Annahme einer Gesamtschuld erreicht werden. Das ergibt sich, indem man sich die eigentliche Aufgabe des § 255 BGB vor Augen führt, aus folgendem:

Bei § 255 BGB steht an sich nicht die Begründung einer Rückgriffsberechtigung des Ersatzleistenden im Vordergrund; vielmehr bezweckt diese Bestimmung in erster Linie, eine Sache, deren dingliche Zuordnung, erhält man diese in ihrer ursprünglichen Form aufrecht, infolge einer Schadensersatzleistung zumindest vorübergehend dem schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbot widerspricht, auf den nicht als Gesamtschuldner haftenden Ersatzleistenden zu übertragen.²⁶²⁾ Dieser trägt dann das Risiko, die auf ihre Wiedererlangung gerichteten Ansprüche durchsetzen zu können.²⁶³⁾ Erlangt

schädigung muß der nachlässige Verwahrer an sich für das Verhalten des Dritten eintreten; dennoch greift nicht § 255 BGB, sondern der Gesamtschuldregreß nach § 426 BGB ein; so auch Selb, § 255 BGB, S. 547.

259) Siehe dazu die Nachweise oben in FN. 240.

260) Vgl. insbesondere Thiele, JuS 1968, 149, 154. Dies ist eine notwendige Konsequenz aus der im folgenden noch näher darzulegenden durch § 255 BGB eröffneten Möglichkeit, eine neue dingliche Zuordnung der entzogenen Sache vorzunehmen.

261) Vgl. die Nachweise oben FN. 234, 235, 238.

262) Darauf weist insbesondere Thiele, JuS 1968, 149, 154 hin. Ähnlich auch Soergel-R.Schmidt Rdnr. 4 zu § 255, der in der Übertragung des Herausgabeanspruchs auf den Ersatzleistenden den Zweck sieht, durch Herbeischaffung der Sache eine zumindest nachträgliche Naturalresti-

er sie, so steht es ihm frei, sie dem Geschädigten zurückzugeben; entschließt er sich dazu, beabsichtigt er also, die zuordnungsmäßige Ausgangslage wieder herzustellen, so vermag er die von ihm erbrachten Schadensersatzleistungen zu kondizieren; insoweit steht jetzt deren Verbleiben beim Geschädigten im Gegensatz zum schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbot.²⁶⁴⁾ Eine derartige Auflösung des zwischen den drei Beteiligten bestehenden Interessenkonflikts ließe sich durch die Eröffnung des regelmäßig teilweisen Gesamtschuldregresses nur mit Schwierigkeiten erreichen.

Es ist nämlich insbesondere zu beachten, daß die Sache, für deren Besitzentziehung Ersatz geleistet wurde, noch vorhanden ist. Deshalb ergibt sich, addiert man die Vermögen der drei Beteiligten, rechnerisch kein Verlust.²⁶⁵⁾ Hat der Verwahrungsschuldner Ersatz geleistet, so besteht zwar ein Bedürfnis dafür, die besitzrechtliche Lage dahingehend zu korrigieren, daß dieser nun auch an der Sache berechtigt wird. Es handelt sich dabei jedoch nicht, wie es die Anwendbarkeit der Regelungen voraussetzt, die für den Rückgriff bei der Gesamtschuld gelten, um den Ausgleich eines endgültigen Verlusts dergestalt, daß er auf die für ihn Verantwortlichen nach dem Maß ihrer jeweils verschuldeten Verursachung aufzuteilen wäre. Es soll vielmehr in jedem Fall eines Besitzentzugs der gesamte beim Dritten entstandene Vorteil auf den aus § 255 BGB Berechtigten übergehen. Das zeigt sich unter anderem auch darin, daß sogar bei Schuldlosigkeit der Besitzentziehung und vorsätzlicher Verletzung der Verwahrungspflicht durch den auf Schadensersatz Inanspruchgenommenen ein Totalregreß stattfinden

tution zu ermöglichen; vgl. auch Selb, § 255 BGB, S. 542 ff.

263) Vgl. hierzu Selb, § 255 BGB, S. 547.

264) Siehe dazu Staudinger-Werner Rdnr. 16 zu § 255. Dieser Bereicherungsanspruch ist auch dann anzunehmen, wenn der Dritte die Sache zurückgewährt; denn auch dann entfallen nachträglich die Voraussetzungen für die Schadensersatzpflicht des Ersatzleistenden.

265) Auf diese Besonderheit bei der Besitzentziehung hat insbesondere Thiele, JuS 1968, 149, 154 hingewiesen.

kann.²⁶⁶⁾

Mit § 255 BGB hat der Gesetzgeber somit ausdrücklich festgelegt, daß der Besitzentziehende und der seine Fürsorgepflicht bezüglich der z.B. gestohlenen Sache Verletzende²⁶⁷⁾ nicht als im Sinne der Gesamtschulddefinition gleichstufig verpflichtet anzusehen sind und deshalb niemals als Gesamtschuldner haften können.²⁶⁸⁾ Eine Abwicklung über Teilregreßvorschriften wäre unbrauchbar; es kommt insoweit gerade nicht auf das Maß der verschuldeten Verursachung an. Der Besitzstörende ist, will man in der überkommenen Terminologie der einseitigen Vorteilsausgleichung verbleiben, ohne Ausnahme der dem Schaden Näherstehende. Eine Vorteilsanrechnung findet nur insoweit statt, als nach Rückgabe der entzogenen Sache durch den Dritten an den Geschädigten die Schadensersatzpflicht des Verwahrungsschuldners entfällt. Festzuhalten bleibt, daß nach erfolgter Abwicklung, wie sie durch § 255 BGB ermöglicht wird, keiner der Beteiligten, es sei denn, daß der Besitzstörer eine nachträgliche Verschlechterung der Sache verursacht hat, eine endgültige Vermögensminderung hinzunehmen hat.

266) § 255 BGB muß sogar auch dann eingreifen, wenn die Sache einem Dieb wiederum von einem Dritten entzogen wird; vgl. Thiele, JuS 1968, 149, 153 f. Das gilt auch dann, wenn der Dieb, der Ersatz leistet, die Sache einem Verwahrungsschuldner entzogen hatte, denn insoweit entfällt die Ersatzpflicht des letzteren. Hat dagegen dieser Ersatz geleistet, so sind ihm die Ansprüche gegen den zweiten Besitzstörer abzutreten; der erste Dieb scheidet aus dem Rückgriffsverhältnis aus. Vgl. auch Staudinger-Werner RdNr. 7 zu § 255 m.w.N.

267) Darauf, daß aus § 255 BGB nur der berechtigt sein kann, der eine für die Sache bestehende Fürsorgepflicht verletzt, weisen insbesondere Larenz, Bd. I, S. 382, § 32, I und Selb, § 255 BGB, S. 547 hin. Auf den Grund dieser Pflicht kommt es nicht an; sie kann, wie schon oben (vgl. FN. 266) angedeutet wurde, z.B. auch auf deliktischer Besitzerlangung beruhen. Deshalb findet § 255 BGB u.a. auch dann Anwendung, wenn sowohl der Verwahrungsschuldner wegen Unmöglichkeit der Rückgabe als auch der Dritte wegen nachträglicher Verschlechterung jeweils aus den §§ 989 ff. BGB haften; vgl. Selb, § 255 BGB, S. 547 und etwa auch Palandt-Degenhardt Anm. 1 b zu § 989.

268) Das ist, unabhängig davon, wie weit der Anwendungsreich des § 255 BGB im einzelnen gezogen wird, allgemein

Weil sich diese bloßen Vermögensverschiebungen bei einer Beschädigung der Sache oder bei einem Eigentumsverlust nicht feststellen lassen, vielmehr eine Aufteilung des durch die Handlungen bzw. Unterlassungen beider Schädiger entstandenen Verlustes auf diese erforderlich ist, kann dagegen in diesen Fällen nur eine gesamtschuldnerische Haftung angebracht sein.²⁶⁹⁾ Zum einen beruht der gegen den Dritten gerichtete Schadensersatzanspruch nicht eigentlich auf dem Eigentum.²⁷⁰⁾ Zum anderen sind in diesem Zusammenhang die Differenzierung zwischen näher- und fernerstehendem Schädiger und als Folge davon die Annahme von Ungleichstufigkeit im Sinne der Gesamtschulddefinition nicht angängig. Gleichstufigkeit der gegen zwei Schädiger gerichteten Ersatzforderungen kann nur in solchen Schadensfällen ausgeschlossen werden, die sich als Besitzentziehungen darstellen. Wo über diese Fallgestaltungen hinaus Ungleichstufigkeit angenommen wird, vermag der Totalregreß nach § 255 BGB nicht zu befriedigenden Ergebnissen zu führen.²⁷¹⁾ § 255 BGB läßt keinen Raum für die Berücksichtigung der im Einzelfall vorliegenden Besonderheiten und der Interessenlage.

Aus den Vorschriften über die Gesamtschuld ergibt sich, daß sich das Verhältnis zweier Schädiger zueinander grundsätzlich nach ihrer internen Beteiligung am Schadensereignis zu richten hat;²⁷²⁾ maßgebend muß also der jeweilige Verursachungs-

anerkannt; vgl. einerseits Larenz, Bd. I, S. 382, § 32, I und andererseits Selb, Studie, S. 21 ff.

269) So insbesondere Thiele, JuS 1968, 149, 154 und auch Staudinger-Werner Rdnr. 11 f. zu § 255 sowie Soergel-R.Schmidt Rdnr. 4 zu § 255.

270) Siehe hierzu Staudinger-Werner Rdnr. 11 zu § 255.

271) Damit zeigt sich gleichzeitig, daß das von Selb, Studie, S. 18 aufgestellte Gesamtschuldmerkmal der Erfüllungsgemeinschaft, wobei nur in deren Rahmen Gleichstufigkeit vorliegen kann, zu eng ist. Gesamtschuld muß es auch außerhalb rechtsgeschäftlicher Vereinbarung oder gesetzlicher Anordnung geben können, da ansonsten keine sachgerechten Abwicklungsformen für die Mehrzahl der insoweit nicht erfaßten Schuldnermehrheiten zur Verfügung stünden.

272) Auf den darin liegenden Widerspruch zu § 255 BGB weist insbesondere Soergel-R.Schmidt Rdnr. 4 zu § 255 hin.

und Verschuldensgrad sein. Einen geringeren Verursachungsbeitrag generell aus der Gesamtbetrachtung auszuscheiden würde dem widersprechen.

Im übrigen werden durch eine ausdehnende Anwendung des § 255 BGB die für den Leistenden günstigeren Gesamtschuldregeln, so z.B. der Anspruch auf Mitwirkung bei der Erfüllung oder der ursprüngliche, gerade nicht von einer rechtsgeschäftlichen Abtretung abhängige Ausgleichsanspruch des § 426 Abs. 1 BGB, ohne ersichtlichen Grund ausgeschaltet.²⁷³⁾ Die Rückgriffsmöglichkeit nach § 255 BGB stellt gegenüber dem Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 BGB eine zwar notwendige, aber eng zu interpretierende Ausnahmebestimmung dar,²⁷⁴⁾ die infolge ihrer Undifferenziertheit nur in den Fällen eines bloßen Besitzverlustes zu angemessenen Ergebnissen führen kann.

Wenn gegen die hier vertretene Auffassung angeführt werden sollte, daß der Gesamtschuldnerregreß nicht für ungleichstufige Schädiger passe,²⁷⁵⁾ so sagt dieses an sich zutreffende Argument noch nichts darüber aus, daß § 255 BGB erweiternd ausgelegt werden müsse. Ungleichstufigkeit zweier Ersatzverpflichtungen kann eben nur im eng umgrenzten Rahmen des § 255 BGB, wie er oben dargestellt wurde, also bei Besitzentziehung vorliegen. Ansonsten kann es nur gleichstufig verpflichtete Schädiger geben, deren

273) So insbesondere auch Thiele, JuS 1968, 149, 154; vgl. auch Medicus S. 392, § 35, II 5 und BGHZ 59, 97, 102 f.

274) So jetzt auch Selb, § 255 BGB, S. 547, der im Anschluß an eine eingehende Analyse der Rechtsentwicklung nurmehr demjenigen, dessen Rückgabepflicht durch die Handlung eines Dritten unmöglich wurde, den Anspruch aus § 255 BGB zubilligt. Die Charakterisierung als Ausnahmebestimmung bedeutet jedoch nicht, daß § 255 BGB einer an sich vorliegenden Gesamtschuld vorgeht; so aber Dilcher, JZ 1967, 110, 115, der bei jeder Schadensmitverursachung Gesamtschuld annimmt (vgl. a.a.O. S. 114). Gesamtschuldregreß und Rückgriff entsprechend § 255 BGB stehen vielmehr für ihren jeweiligen Anwendungsbereich getrennt nebeneinander.

275) Dieser Einwand muß von dem von Selb, Studie, S. 18 aufgestellten Gesamtschuldbegriff her erfolgen.

Verursachungsbeiträge variieren;²⁷⁶⁾ da Gesamtschuld vorliegt, sind diese im Rahmen des § 426 Abs. 1 BGB entsprechend § 254 BGB zu berücksichtigen.

Insoweit zeigt sich ein weiterer Vorteil der hier vertretenen Auffassung; sie vermeidet die unsichere Abgrenzung zwischen angeblich gleichstufigen und ungleichstufigen Schädigern,²⁷⁷⁾ ohne deshalb zu unbilligen Ergebnissen zu gelangen. Denn greift die gesetzliche Rangbestimmung des § 255 BGB nicht ein, verlagert sich die Entscheidung über die endgültige Verteilung des Schadens in die gesetzlich geregelte Abwägung des § 254 BGB.²⁷⁸⁾ Dabei ist sogar, sollte dies der Interessenlage der Beteiligten entsprechen, ein Totalregreß zu Lasten eines Schädigers denkbar.²⁷⁹⁾

cc) Bereicherungsansprüche aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB

Neben den bisher behandelten Schadensersatzansprüchen wegen Beschädigung oder Eigentumsverlust ist aber auch ein Anspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht unter § 255 BGB zu subsumieren.²⁸⁰⁾ Zum einen beruht dieser Anspruch, auch wenn der Erlös an die Stelle der Sache tritt, man somit an einem endgültigen und deshalb aufzuteilenden Verlust zweifeln und anstatt dessen eine neue Zuordnung des Erlöses für erforderlich halten könnte²⁸¹⁾, nicht eigentlich auf dem Eigentum. Der Geschädigte hat vielmehr durch die wirksame Verfügung des nicht berechtigten Dritten sein Eigen-

276) Diesen Unterschied zwischen Gleich- und Ungleichstufigkeit der Haftung im Außenverhältnis und verschiedener interner Beteiligung bei Gleichstufigkeit macht auch Selb, Studie, S. 19, 40 deutlich; vgl. dazu aber Ehmann S. 63. Selb sieht jedoch als gleichstufig verpflichtet nur diejenigen an, die in Erfüllungsgemeinschaft stehen.

277) Wertendes Vorgehen zur Ermittlung des Rangverhältnisses zweier Verpflichtungen ist nurmehr beim Zusammentreffen eines Schädigers mit einem sonstigen Drittleistungspflichtigen erforderlich.

278) Vgl. Ehmann S. 79.

279) Auf die Bedeutung dieser Möglichkeit macht insbesondere Thiele, JuS 1968, 149, 154 aufmerksam.

280) So auch Staudinger-Werner Rdnr. 9 zu § 255; Soergel-R.Schmidt Rdnr. 4 zu § 255; Larenz, Bd. I, S. 381, § 32, I; Medicus S. 392, § 35, II 5; Thiele, JuS 1968, 149, 154; BGHZ 59, 97, 102; vgl. aber die doppelt

tum verloren.²⁸²⁾ Zum anderen spricht, über dieses mehr konstruktive Bedenken hinaus, gegen eine auf § 255 BGB gegründete Abtretungspflicht, daß die Anwendung des § 426 BGB, zumal ja auch ein gesamtschuldnerischer Totalregreß durchführbar ist, demjenigen, der Schadensersatz zu leisten hat, die günstigeren Rückgriffsmöglichkeiten eröffnet.²⁸³⁾

Für eine Ausweitung der Grundsätze über die einseitige Vorteilsausgleichung und damit eine Beschränkung der Anwendbarkeit der Gesamtschuldregeln ist somit kein Bedürfnis erkennbar. Vielmehr ist umgekehrt auch in diesem Zusammenhang der flexiblere Gesamtschuldregreß der starren Regelung des § 255 BGB vorzuziehen.

d) Zusammenfassung

Für die Auslegung des § 255 BGB ergeben sich, faßt man die obigen Ausführungen zusammen, somit folgende Grundsätze: Verlust der Sache im Sinne des § 255 BGB ist allein die Besitzentziehung. Auf dem Eigentum beruhende und deshalb abzutretende Ansprüche sind ausschließlich solche aus den §§ 985, 989 ff. BGB, denn nur sie sind, im Gegensatz zu Bereicherungs- und deliktischen Schadensersatzansprüchen, dazu geeignet, den Zweck des § 255 BGB zu verwirklichen, der sich darauf beschränkt, eine neue Zuordnung der entzogenen, aber noch vorhandenen Sache zu ermöglichen.

analoge Anwendung des § 255 BGB bei Dilcher, JZ 1973, 199, 201; entsprechend seiner Auffassung kann deshalb keine Gesamtschuld vorliegen, weil der zur Herausgabe Verpflichtete nicht als mitverursachender Schädiger anzusehen ist.

- 281) Vgl. dazu BGHZ 29, 157, 162. Der Bundesgerichtshof führt dort mit Bezug auf den Dritten aus, daß der gegen diesen gerichtete Erlösherausgabeanspruch nicht anders zu behandeln sei als der auf die Sache selbst gerichtete Herausgabeanspruch. Gemeint ist damit jedoch nicht, daß der auf den aus der Verfügung erlangten Erlös gerichtete Anspruch an den Verwahrungsschuldner abzutreten sei, sondern nur, daß dem Dritten kein Schadensersatzanspruch zustehe, der nur gegen Abtretung des Anspruchs gegen den anderen Verpflichteten zu erfüllen sei.

Die aus dem Anwendungsberich des § 255 BGB auszuschcheidenden Ansprüche sind dagegen auf Ausgleich einer Wertminderung oder eines Eigentumsverlustes gerichtet. Bei einer Beschädigung muß die Sache grundsätzlich beim Geschädigten verbleiben; durch die Ersatzleistung erlangt er nur Ausgleich für die an der Sache entstandene Wertminderung. Mit einer Überleitung der auf den Beschädigungsausgleich gerichteten Ersatzansprüche gegen den Dritten kann deshalb allein die Berechtigung begründet werden, Aufwendungsersatz zu fordern. Insoweit stellt sich aber der Gesamtschuldregreß als die sachgerechte Abwicklungsform dar. Bei Eigentumsverlust ist eine Sache nicht mehr vorhanden, die auf denjenigen zugeordnet werden könnte, der Ersatz geleistet hat. Auch hier würde ein Anspruchsübergang nach § 255 BGB nur eine Aufwendungsersatzberechtigung begründen und damit solche Fälle einer Schuldnermehrheit regeln, die dem Anwendungsbereich der Gesamtschuldvorschriften zuzuordnen sind.

Wenn aber diese Ansprüche nicht der durch § 255 BGB begründeten Abtretungspflicht unterfallen, folgt daraus, daß diese Bestimmung, da sie eben keine bloßen Aufwendungsersatzberechtigungen begründen soll, auch nicht als Rückgriffsnorm im eigentlichen Sinne angesehen werden kann.²⁸⁴⁾ Nur dann, wenn die neu zugeordnete Sache endgültig beim Ersatzleistenden verbleibt, entfaltet auch § 255 BGB rückgriffsmäßige Wirkungen. Der Verwahrungsschuldner erlangt die entzogene Sache als Ausgleich für die von ihm gemachten Aufwendungen.

Dagegen wird der Charakter des § 255 BGB als reine Zuordnungsvorschrift dann wiederum deutlich, wenn nach Verwirklichung des abgetretenen dinglichen Anspruchs die Sache dem Ge-

282) Vgl. insbesondere Staudinger-Werner Rdnr. 9 zu § 255.

283) So BGHZ 59, 97, 102 f. und Medicus S. 392 f., § 35, II 5.

284) Vgl. dazu Soergel-R.Schmidt Rdnr. 4 Zu § 255.

schädigten zurückgegeben wird. Da dieser nach den §§ 812 ff. BGB zur Rückgabe der Ersatzleistungen verpflichtet ist, treten bei ihm keine Bereicherung und bei den Schädigern keine Verluste ein. Die ursprüngliche Rechtslage wird auf dem Umweg über den Ersatzleistenden wiederhergestellt. Dessen Aufwendungen wurden aber nicht, wie das beim eigentlichen Regreß zu beobachten ist, vom Dritten gedeckt, sondern die Schadensersatzleistungen wurden, da sie ihren Zweck der (vorläufigen) Sicherung bzw. Befriedigung des Gläubigers erfüllt hatten, zurückgewährt.

Auf die Frage, welche Stellung § 255 BGB in dem Gesamtsystem des Drittschadensersatzes zukommt, wird im übrigen zurückzukommen sein. Zuvor ist jedoch den bisher noch nicht behandelten Drittersatzberechtigungen nachzugehen.

E) Eigene Aufwendungsersatzansprüche eines
Ersatzleistenden als Rückgriffsgrundlage

1. Der Rückgriff auf der Grundlage der §§ 677 ff.,
812 ff. BGB

Dagegen, daß der Rückgriff auf der Grundlage der §§ 677 ff. BGB oder der §§ 812 ff. BGB grundsätzlich zulässig ist, erheben sich keine Bedenken. Nicht angängig ist es jedoch, allein deshalb, weil man glaubt, nur über diese Bestimmungen eine Regreßberechtigung begründen zu können, einzelne Anspruchsvoraussetzungen entweder von einer sachgemäßen Prüfung anzunehmen.²⁸⁵⁾ Auch wenn die §§ 687 ff., 812 ff. BGB zu Rückgriffszwecken herangezogen werden, muß sich etwa der Fremdgeschäftsführungswille²⁸⁶⁾ oder eine Leistung an den Schädiger bzw. dessen Bereicherung²⁸⁷⁾ feststellen lassen.

Ein weiteres Eingehen auf diese Regreßmöglichkeiten erübrigt sich. Zum einen wurden sie schon im bisherigen Verlauf der

285) Das hat insbesondere Selb, Studie, S. 30 ff. eindrucksvoll nachgewiesen.

286) An ihm mangelt es z.B. regelmäßig, wenn ein Unterhaltspflichtiger Vater für sein von einem Dritten verletztes Kind Arztkosten bezahlt oder sonstige Aufwendungen macht.

287) Auch hieran fehlt es meist in den Unterhaltsfällen.

Darstellung verschiedentlich angesprochen;²⁸⁸⁾ zum anderen ist ihre Bedeutung infolge der weitgehenden Anerkennung, die die schadensersatzrechtliche Rückgriffswege gefunden haben, auf besonders gelagerte Einzelfälle beschränkt.

2. Der Anspruch aus § 426 Abs. 1 BGB

Große Bedeutung als eigenständiger, nicht auf Abtretung oder cessio legis und auch nicht auf besondere subjektive Voraussetzungen angewiesener Rückgriffsberechtigung kommt dagegen in den Fällen, in denen gesamtschuldnerische Haftung festgestellt werden kann, § 426 Abs. 1 BGB zu. Seine analoge Anwendungen auf andere Gestaltungen konkurrierender Verbindlichkeiten ist ebenso wie die des § 426 Abs. 2 BGB ausgeschlossen; auch die durch § 426 Abs. 1 BGB eröffnete Regreßmöglichkeit setzt gerade das Vorliegen eines Gesamtschuldverhältnisses voraus.²⁸⁹⁾ Angesichts der im Verlauf der Arbeit gemachten Ausführungen kann an dieser Stelle darauf verzichtet werden, die mit dem Gesamtschuldnerausgleich zusammenhängende Problematik zu vertiefen.

288) Vgl. z.B. in diesem Abschnitt, V D 3 b aa, S. 210 f.

289) Vgl. dazu auch oben in diesem Abschnitt, V C 2 a bb, S. 177.

VI. Drittschadensliquidation und Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte

Die für diese Ersatzmöglichkeiten typische Ausgangslage stellt sich dergestalt dar, daß demjenigen, der einen Schaden erlitten hat, keine Anspruchsberechtigung zusteht, wogegen in der Person desjenigen, der gegen den Schädiger vorgehen könnte, kein Schaden entstanden ist.¹⁾ Damit unterscheidetsie sich grundlegend von derjenigen, die alle bisher behandelten auf den Ausgleich von Drittschäden gerichteten Ersatzausprüche kennzeichnete.

Inwieweit sich die Beeinträchtigung, die auf der Grundlage einer Drittschadensliquidation oder eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte ersetzt werden, überhaupt noch als Drittwirkungsschäden darstellen, wird die folgenden Ausführungen ebenso beschäftigen wie die insoweit vorrangige Frage, welcher Anwendungsbereich den hier angesprochenen Rechtsinstituten heute noch zukommt. Im Rahmen seiner Eingrenzung werden sich die die Drittschadensliquidation betreffenden Erörterungen im wesentlichen darauf konzentrieren, für welche Drittschädigungen, bei denen ein Bedürfnis danach angenommen wird, über das Gesetz hinaus weitere Ausgleichsmöglichkeiten zu eröffnen, die als charakteristisch angesehene Haftungslage noch festgestellt werden kann; es soll untersucht werden, welche Bedeutung den neueren Entwicklungen des Schadensersatzrechts für die Zulässigkeit der Drittschadensliquidation zukommt. Dagegen wird bei der Darstellung des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte die Frage nach dem geschützten Personenkreis und den ersatzfähigen Schäden im Vordergrund stehen.

1) Auf diese den beiden hier zu behandelnden Rechtsinstituten gemeinsame Ausgangslage weist insbesondere Medicus S. 358, § 33, IV 5 hin.

Bevor dem jedoch im einzelnen nachgegangen werden kann, scheint eine nähere Klärung der ersatzrechtlichen Ausgangssituation, wie sie sich im bisherigen Verlauf der Arbeit darstellte, erforderlich.

A) Das Verhältnis von Beeinträchtigung und Anspruchsgrundlage in den bisher dargestellten Fällen der Drittwirkung eines Schadensereignisses

Für alle bisher untersuchten auf Drittwirkungen eines Schadens- bzw. Verletzungsereignisses beruhenden Beeinträchtigungen läßt sich feststellen, daß die für ihren Ausgleich relevanten Forderungsberechtigungen und der auf dieser Grundlage ersetzte Schaden in einer Person zusammenfallen. So beruht der Schadensersatzanspruch des Drittbetroffenen, auch wenn er wie bei den §§ 844, 845 BGB auf die ausnahmsweise Wiedergutmachung mittelbaren Schadens gerichtet ist, auf einem in seiner Person verwirklichten Haftungstatbestand. Daß dies auch für die Abwälzung eines mittelbaren Schadens auf den eigentlichen Verursacher gilt, die durch die Geltendmachung eines koinzidierenden Haftungsinteresses ermöglicht wird, wurde schon oben²⁾ nachgewiesen.

Das Zusammentreffen von Anspruchsberechtigung und auszugleichender Beeinträchtigung in einer Person läßt sich auch im Rahmen der Rückgriffsproblematik feststellen. Findet der Rückgriff auf der Grundlage eines eigenen Schadensersatzanspruchs dergestalt statt, daß sich das Ersatzverlangen auf die Ausgleichung eines Koinzidenzinteresses richtet, so gelten die obigen Grundsätze. Im übrigen hat man zwischen dem selbständigen, also insbesondere dem auf § 426 Abs. 1 BGB beruhenden, und dem unselbständigen, also dem durch einen rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Forderungsübergang ermöglichten Regreß zu unterscheiden. In diesen beiden Fällen werden, schadensersatzrechtlich gesehen, mittelbare Beeinträchtigungen ausgeglichen. Beim selbständigen Rückgriff geschieht dies mit Hilfe eines eigen-

2) Vgl. in diesem Abschnitt, III A, S. 110 f.

ständigen, von vorneherein in der Person des Berechtigten entstehenden Aufwendungsersatzanspruchs, der auf die Wiedergutmachung seiner eigenen Vermögensnachteile gerichtet ist.

Der unselbständige Regreß erfolgt dagegen auf der Grundlage eines an sich fremden Schadensersatzanspruchs. Da dieser abgetretene Anspruch jedoch nicht auf den Ausgleich des eigenen Schadens des Zessionars, sondern allein auf den des für diesen fremden des verletzten Zedenten gerichtet ist, bleibt auch hier die Identität von Verletztem und Geschädigtem bei der Entstehung des Schadensersatzanspruchs gewahrt. Nur deshalb, weil der Dritte den Verletzten vorschußweise bzw. über das Maß des von ihm im Innenverhältnis zu tragenden Schadensanteils hinaus befriedigt hat, ist er berechtigt, den Ersatzanspruch, der auf Ausgleich des bei diesem eingetretenen Schadens gerichtet ist, geltend zu machen. Dadurch, daß ihm die Befugnis eingeräumt ist, die Schadensersatzleistung zu behalten, verschafft er sich Befriedigung. Eine direkte Wiedergutmachung seines mittelbaren Schadens durch den Schädiger dergestalt, daß ein auf den Ersatz eigenen Schadens abzielender Anspruch befriedigt würde, findet nicht statt.

Ein anderes Bild begegnet uns dagegen teilweise in den im folgenden zu behandelnden Fallgestaltungen.

B) Die rechtliche Ausgangssituation bei der Zulassung einer Drittschadensliquidation und der Anerkennung eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte

Wenn allein derjenige, der keinen Schaden erlitten hat, dazu berechtigt ist, einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen, dem Geschädigten dagegen nach dem Gesetz keine Möglichkeit offensteht, gegen den Schädiger vorzugehen, so bieten sich für den Fall, daß man die endgültige Belastung des Dritten mit dem Schaden als unbillig ansieht, grundsätzlich zwei Lösungsmöglichkeiten an: Zum einen kann man

dem zwar nicht geschädigten, aber doch in haftungsbegründender Weise verletzten Anspruchsberechtigten gestatten, unter Umgehung des Dogmas vom Gläubigerinteresse den Schaden des Dritten zu liquidieren. Diesen Weg hat man mit der Drittschadensliquidation beschritten.³⁾ Man hat das Verletzungsprinzip als im Einzelfall zu unbilligen Ergebnissen führend angesehen und auf diesem schon in der Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs⁴⁾ vorgezeichneten Weg den Ersatz nach der Systematik des Gesetzes nicht auszugleichenden, somit mittelbaren Schadens ermöglicht.

Zum anderen kann man aber auch dem Geschädigten eine eigene Anspruchsgrundlage schaffen. Diese Möglichkeit hat man beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte gewählt. Das ursprüngliche Ziel ist es gewesen, Unbilligkeiten zu beseitigen, die durch die Anwendung des § 831 BGB und damit durch das Gelingen des Entlastungsbeweises verursacht werden;⁵⁾ denn steht dem Dritten über den deliktischen Schadensersatzanspruch hinaus auch ein vertraglicher zu, hat der Inanspruchgenommene nach § 278 BGB unbedingt für seinen Gehilfen einzustehen. Dagegen war, zumindest ursprünglich, nicht beabsichtigt, durch die Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich eines Vertrages den Ausgleich mittelbarer Schäden zu ermöglichen, wie das bei der zeitlich vorausgehenden Anerkennung⁶⁾ der Drittschadensliquidation der Fall gewesen war. Denn hier handelte es sich, zumindest bis zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 6.7.1965⁷⁾, in der auch Ver-

3) Siehe dazu etwa Staudinger-Werner Vorbem. 91 ff. zu §§ 249-255; Esser, Bd. 1, S. 294, § 43, II; Fikentscher S. 266 ff.; § 50, II 2 f.; Reinhardt S. 9; Hagen S. 1 ff.; Nipperdey, ZAkDR 1938, 262; v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 242.

4) Vgl. Prot. I S. 298-300 = Mugdan, Bd. II, S. 517 ff.

5) Vgl. etwa Staudinger-Kaduk Vorbem. 75 zu §§ 328-335; Larenz, Bd. I, S. 166, § 17, II; Gernhuber S. 253; kritisch zu diesen Bestrebungen insbesondere Böhmer; vgl. z.B. MDR, 1964, 968, 969.

6) Die erste Entscheidung zur Drittschadensliquidation ist die des OAG Lübeck vom 20.1.1855, Seuff 11, Nr. 36 und 84.

7) BGH JZ 1966, 141 ff.; auf die mit dieser Entscheidung zusammenhängenden Probleme wird im übrigen zurückzukommen sein.

mögensschäden als auf dieser Grundlage ersatzfähig angesehen wurden, um Schäden an deliktisch geschützten Rechtsgütern, deren Ersatz an dem Fehlen einer sonstigen Anspruchsvoraussetzung, insbesondere dem mangelnden Nachweis eines Verschuldens, oder dem Ablauf der kurzen Verjährungsfrist des § 852 BGB scheiterte⁸⁾. Die haftungsrechtliche Systematik des Bürgerlichen Gesetzbuchs stand dagegen einem erfolgreichen Ersatzbegehren des Dritten nicht im Wege.

Die ersatzrechtliche Stellung des Dritten entspricht, soweit die Schutzwirkung des ihn begünstigenden Vertrages reicht, der des Vertragspartner.⁹⁾ Werden ihm gegenüber bestehende vertragliche Schutzpflichten verletzt, ist er nicht nur Geschädigter, sondern auch Verletzter. Im Gegensatz zu dem durch eine Drittschadensliquidation ermöglichten Ausgleich eines Drittschadens ist insoweit das Auseinanderfallen von Anspruchsberechtigung und Schaden nicht mehr zu beobachten.

Im Laufe der Weiterentwicklung des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte und der Drittschadensliquidation vollzog sich eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs dieser Rechtsinstitute, bei der die Trennung der jeweils ursprünglich mit ihnen verfolgten Zwecke aufgegeben wurde. Wie schon erwähnt, wurde der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte dazu herangezogen, nach der haftungsrechtlichen Systematik nicht auszugleichenden, als mittelbaren Vermögensschaden ersatzfähig zu machen. Darüber hinaus wurde die Drittschadensliquidation auch bei solchen Fallgestaltungen angewandt, in denen man die Haftungsfreistellung des Schädigers, die sich als Folge eines geführten Entlastungsbeweises im Sinne des § 831 BGB ergab, dem Dritten gegenüber als unbillig ansah. Es handelt sich hierbei um die sog. Obhutsfälle.¹⁰⁾

8) Vgl. dazu etwa Lorenz, JZ 1966, 143.

9) So etwa Larenz, Bd. I, S. 169, § 17, II.

10) Siehe dazu in diesem Zusammenhang nur Palandt-Heinrichs Vorbem. 6 b bb vor § 249 und insbesondere v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 264 ff.

Wie sich auf der Grundlage dieser zumindest scheinbaren Überschneidung der Zwecke, die jeweils mit der Anerkennung einer Schutzwirkung für Dritte entfaltenden Vertrages und der Drittschadensliquidation verfolgt werden, das Verhältnis dieser beiden über die gesetzliche Haftungsgrenze hinausgehenden Ersatzmöglichkeiten zueinander gestaltet, wird im folgenden geklärt werden müssen. Darüber hinaus wird, wie schon angedeutet, der Frage nachgegangen werden, welche Bedeutung anderen - und zwar gesetzlichen - Drittschutzformen für die Zulässigkeit dieser - zumindest soweit es die Drittschadensliquidation angeht - grundsätzlich subsidiären¹¹⁾ Rechtsinstitute zukommt.¹²⁾ In den Vordergrund muß dabei immer das Bemühen gestellt werden, unter Beachtung der als berechtigt anzuerkennenden Interessen des Dritten, wenn es die Drittschadensliquidation betrifft, eine "systemwidrige Ausuferung der Verantwortlichkeit des Schädigers"¹³⁾, wenn ein Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte in Frage steht, eine unbillige Risikoerhöhung¹⁴⁾ zu vermeiden.

C) Die Drittschadensliquidation

Die Diskussion um die Drittschadensliquidation war über lange Zeit von der Suche nach allgemein gültigen Lösungskriterien beherrscht.¹⁵⁾ So vertritt Reinhardt¹⁶⁾ die Ansicht, daß

11) Vgl. etwa Hagen, JuS 1969, 61, 66.

12) Diese Grundsatzfrage wird regelmäßig nur im Zusammenhang mit der Drittschadensliquidation gestellt, vgl. Hagen S. 8, muß aber im Prinzip auch für die durch den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte eröffneten Ersatzmöglichkeiten Geltung beanspruchen; vgl. Hagen S. 226.

13) Hagen S. 7.

14) Vgl. etwa Staudinger-Kaduk Vorbem. 79 zu §§ 328-335 oder Medicus S. 360, § 33, IV 7b.

15) Vgl. dazu die umfassende Zusammenstellung bei Hagen S. 9 ff.

16) Reinhardt S. 71 ff.; er gibt damit die "starre Bindung" des Interesses "an ein bestimmtes Subjekt" zugunsten seiner "gegenständlichen Fixierung" auf, vgl. S. 83 f.

der Anspruchsberechtigte auch den Schaden des Dritten, dem "der Genußwert der Sache entzogen" worden sei, liquidieren könne.¹⁷⁾ Tägert¹⁸⁾ sieht die Drittschadensliquidation als gewohnheitsrechtliches Rechtsinstitut an, wobei "die Abgrenzung der ersatzwürdigen Drittschadensfälle"¹⁹⁾ an Hand des Merkmals der Schadensverlagerung vorzunehmen sei.²⁰⁾ Enneccerus-Lehmann²¹⁾ und Heck²²⁾ unternehmen es, die Drittschadensliquidation aus § 281 BGB zu rechtfertigen.²³⁾ Planck-Siber²⁴⁾ und teilweise auch die Rechtsprechung²⁵⁾ finden die Grundlage einer Drittschadensliquidation in einem erklärten oder nach § 157 BGB zu ermittelnden Parteiwillen.²⁶⁾

17) Vgl. zu der in der Annahme eines gegenständlich fixierten ersatzfähigen Interesses liegenden Systemwidrigkeit Staudinger-Werner Vorbem. 97 zu §§ 249-255.

18) Tägert S. 37.

19) Tägert S. 53.

20) Vgl. aber die eingehende Kritik an diesem Kriterium bei Selb, NJW 1964, 1765, 1766 f., der in ihm nur einen "formalen Lösungsgesichtspunkt" sieht.

21) Enneccerus-Lehmann S. 83 f., § 17, I 2.

22) Heck S. 52, § 16, 4.

23) Darauf, daß es sich dabei um einen Zirkelschluß handelt, weist insbesondere Staudinger-Werner Vorbem. 97 zu §§ 249-255 hin.

24) Planck-Siber Anm. 6 b zu § 249.

25) So insbesondere für die Obhutsfälle RGZ 170, 246, 251; BGHZ 15, 224, 228 f.; BGH Betrieb 1959, 1083; neuerdings auch BGH NJW 1969, 789, 790. Vgl. auch LG Lüneburg MDR 1955, 355. Ob diese Begründung der Drittschadensliquidation aufrechtzuerhalten ist, ist in BGHZ 40, 91, 102 offengelassen; zumindest müssen aber konkrete Anhaltspunkte feststellbar sein; vgl. auch BGHZ 51, 91, 94 f.

26) Darauf, daß es sich bei dem, was hier als ergänzende Vertragsauslegung nach § 157 BGB bezeichnet wird, regelmäßig um eine bloße Fiktion handelt, haben insbesondere Staudinger-Werner Vorbem. 98 zu §§ 249-255 sowie Gernhuber S. 265 und v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 253 f. hingewiesen.

Insbesondere im Anschluß an die Ausführungen von Selb²⁷⁾ und v. Caemmerer²⁸⁾ muß man sich heute, auch wenn man den Anwendungsbereich der Drittschadensliquidation zumindest teilweise weiterhin unterschiedlich beurteilt, jedoch grundsätzlich darüber klar sein, daß jedenfalls ein allgemeines Prinzip nicht dazu tauglich sein kann, die auf dieser Grundlage auszugleichenden Drittschäden sachgerecht zu erfassen. Vielmehr hat, um die auf diesem Wege zu eröffnenden Ersatzberechtigungen einzugrenzen, eine Fallgruppenbildung zu erfolgen.²⁹⁾ Bei der Entscheidung, ob im Einzelfall eine Drittschadensliquidation als zulässig angesehen werden kann, handelt es sich um ein "Problem der Rechtsfortbildung, das nur im Wege der Typologie gelöst werden kann"³⁰⁾. Dabei ist ein derartiger Drittschutz kraft ergänzenden Rechts jedoch allein dort zu eröffnen, wo man es als erforderlich ansieht, die Unbilligkeiten zu beseitigen, die durch die gesetzliche Versagung eines Drittschadensausgleichs - deren Feststellung der Prüfung der Drittschadensliquidation vorauszu-gehen hat³¹⁾ - entstehen.

1. Die Fallgruppen, bei denen eine Drittschadens-liquidation zuzulassen ist

Die herrschende Meinung³²⁾ bildet heute im wesentlichen vier

27) Selb, NJW 1964, 1765 ff.; er hat nachgewiesen, daß sich ein allgemeines Prinzip nicht finden läßt.

28) v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 254 ff.

29) Vgl. zu diesem Vorgehen etwa auch Fikentscher, S. 265, § 50, II 3 a-d und insbesondere Esser, Bd. 1, S. 294, § 43, II.

30) v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 254.

31) So Hagen S. 89, der bei v. Caemmerer, ZHR 127, 241 ff. die "schadensersatzrechtliche Grundlegung" vermißt.

32) Vgl. etwa v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 255 ff.; Esser, Bd. 1, S. 294 ff., § 43, II 1-4; siehe auch Fikentscher S. 267, § 50, II 3 a-d, der für die Treuhandfälle keine gesonderte Fallgruppe bildet (so auch die Rechtsprechung, vgl. z.B. BGHZ 40, 91, 100 f., und Soergel-R.Schmidt Rdnr. 96 zu §§ 249-253), dafür aber die Fälle der obligatorischen Entlastung unterteilt; vgl. auch Larenz, Bd. I, S. 327 ff., § 27, IV b 1, 2, der, obwohl er noch auf ein allgemeines Prinzip hin tendiert, zwei Fallgruppen unterscheidet. A.A. Staudinger-Werner Vorbem. 99 zu II 249-255; Eike Schmidt S. 611 ff. und Hagen S. 285,

Fallgruppen, in denen sie die Zulässigkeit einer Drittschadensliquidation annimmt. Diese sollen im folgenden ebenso wie die darüber hinaus unternommenen Versuche, in weiteren Fällen die Liquidation eines Drittinteresses zu ermöglichen, einer kritischen Würdigung unterzogen werden. Wegen der Fülle der damit angesprochenen Probleme muß sich diese jedoch auf einige wenige Grundfragen beschränken.

a) Die Drittschadensliquidation bei mittelbarer Stellvertretung

Aus diesem Problemkreis sind von vornherein alle die Fallgestaltungen auszuschneiden, bei denen der mittelbare Stellvertreter, etwa deshalb, weil er unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einem unzuverlässigen Partner kontrahiert und damit den Schaden des Dritten verantwortlich mitverursacht hat, von diesem auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann.³³⁾ Er hat die gesamten beim "Vertretenen" entstandenen Beeinträchtigungen, also z.B. auch einen entgangenen Gewinn auszugleichen. Zwar entsprechen sich damit - worauf zurückzukommen sein wird - dieser Ersatzweg und eine Drittschadensliquidation bei mittelbarer Stellvertretung vom Umfang der wiedergutzumachenden Schäden her. Da jedoch der Dritte selbst, wenn auch nicht dem eigentlichen Schädiger, der durch die Verletzung des zwischen ihm und dem "Vertreter" geschlossenen Vertrages die Beeinträchtigungen verursacht hat, sondern dem mit dem Vertragsschluß Beauftragten gegenüber, anspruchsberechtigt ist, darf eine Liquidation des Drittinteresses nicht in Betracht gezogen werden.³⁴⁾

die die Drittschadensliquidation nur bei mittelbarer Stellvertretung für zulässig erachten.

33) Vgl. dazu etwa Staudinger-Werner Vorbem. 92 zu §§ 249-255; Erman-Sirp Rdnr. 93 zu § 249; Berg, MDR 1969, 613.

34) Vgl. aber Palandt-Heinrichs Vorbem. 6 b aa vor § 249, der es als gleichgültig und damit die Zulässigkeit einer Drittschadensliquidation nicht berührend ansieht, ob der Geschäftsherr Schadensersatzansprüche gegen den mittelbaren Vertreter hat.

Der "Vertretene" ist in dem Umfang des Leistungsinteresses, das er an dem in mittelbarer Stellvertretung zustandekommenen Vertrag hat, durch die Verletzung des der "Vertretung" zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses unmittelbar geschädigt. Da ihm eine Anspruchsgrundlage, die den Ersatz des gesamten bei ihm entstandenen Schadens ermöglicht, zur Verfügung steht, läßt sich die für die Anwendbarkeit einer Drittschadensliquidation charakteristische Ausgangslage nicht feststellen. Der mit dem Vertragsabschluß Beauftragte ist insoweit beschädigt, als er von seinem Auftraggeber in Anspruch genommen werden kann bzw. genommen worden ist. Setzt sich aber dergestalt der Schaden des Dritten auf ihn um, so steht ihm die Möglichkeit offen, von dem eigentlichen Schädiger auf der Grundlage des zwischen ihnen bestehenden Vertrages je nach dem Grad des Mitverschuldens, das ihn an den durch die mögliche oder schon erfolgte Inanspruchnahme bei ihm entstandenen Beeinträchtigungen trifft, ganz oder teilweise Haftungsfreistellung oder Ausgleich des koinzidierenden Haftungsinteresses zu verlangen.

Läßt sich dagegen ein eigener Ersatzanspruch des Auftraggebers nicht feststellen, so kann eine Drittschadensliquidation in Betracht gezogen werden. Insoweit gelten folgende Grundsätze:

aa) Die herrschende Ansicht

Für die Fälle, in denen jemand ~~im~~ eigenen Namen, jedoch im Interesse und für Rechnung eines Dritten ein Rechtsgeschäft abschließt³⁵⁾, ist heute nachfolgendes anerkannt: führt die Verletzung der Rechte des aus dem Vertrag Berechtigten zu einem Schaden des Dritten, entstehen also infolge der allein vom Vertragsschuldner zu vertretenden Nicht-, Schlecht- oder

35) Vgl. zu dieser Begriffsbestimmung der mittelbaren Stellvertretung Enneccerus-Nipperdey S. 1096 f., § 179, I.

verspäteten Erfüllung Drittwirkungsschäden, sind diese auf der Grundlage einer Drittschadensliquidation zu ersetzen.³⁶⁾ Insoweit ist diese Drittschutzform als Gewohnheitsrecht anzusehen.³⁷⁾ Ihre Hauptbedeutung hat sie im Handelsrecht erlangt; es sind insbesondere die Fälle, in denen sich ein Kommissionsverhältnis im Sinne der §§ 383 ff. HGB feststellen läßt, die ihren Anwendungsbereich kennzeichnen.³⁸⁾ Darüber hinaus muß sie aber auch bei allen anderen Schadensereignissen herangezogen werden, die darauf beruhen, daß die Verletzung eines in mittelbarer Stellvertretung geschlossenen Vertrages zu Drittwirkungsschäden in der Rechtssphäre des Auftraggebers geführt hat.³⁹⁾

Die Zulässigkeit der Drittschadensliquidation bei mittelbarer Stellvertretung stützt sich auf folgende Erwägungen: Auszugehen ist davon, daß der eigentlich, und zwar nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich an dem Vertrag Interessierte der mittelbar geschädigte Dritte, der allein wegen § 164 Abs. 2 BGB nicht zum Vertragspartner werden konnte, jedoch nicht der vertragsschließende mittelbare Vertreter ist; letzterer ist zwar grundsätzlich zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen befugt; er kann jedoch, zumindest soweit es die Vertragsleistung

36) Gegenteilige Stimmen sind weder in der Literatur noch seit der Entscheidung RGZ 27, 118, 125 f., in der es noch als irrelevant für die Beziehungen der Beteiligten zueinander angesehen wurde, daß der Kommittent der eigentlich Interessierte ist, in der Rechtsprechung ersichtlich; vgl. dazu etwa Larenz, Bd. I, S. 328, § 27, IV b 2 sowie RGZ 40, 172, 174; 40, 187, 189 f.; 58, 39, 42; 62, 331, 334 f.; 90, 240, 246; 113, 250, 254; 115, 419, 425; BGHZ 15, 224, 227 f.; 25, 250, 258; 49, 356, 361; 57, 335, 336; BGH VersR 1972, 274.

37) Auch das ist heute nicht mehr bestritten; vgl. etwa Blomeyer S. 201, § 33, IV 2 a; Eike Schmidt S. 612; Hagen S. 142 f. und JuS 1970, 442, 444; v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 255; seit der 10./11. Auflage auch Staudinger-Werner Vorbem. 99 zu §§ 249-255; siehe aber Reinhardt S. XIV.

38) Vgl. Staudinger-Werner Vorbem. 98 zu §§ 249-255; ein Kommissionsfall lag auch der ersten Entscheidung zur Drittliquidation (OAG Lübeck SeuffA 11 Nr. 36 und 84) zugrunde.

selbst angeht, nicht in eigener Person geschädigt sein. Allein den Dritten sollen die mit dem Vertragsverhältnis verbundenen Vor- und Nachteile treffen. Wenn man dergestalt und wie auch durch Gesetz vorgezeichnet, vgl. § 392 HGB sowie § 407 Abs. 2 i.V.m. § 392 HGB⁴¹⁾, die rechtliche Relevanz der mittelbaren Stellvertretung anerkennt, dann stellt es nur eine erforderliche und sachgerechte Weiterentwicklung dieses Rechtsinstituts dar, neben der Berücksichtigung des Interesses, das der Dritte an der eigentlichen Erfüllung hat, auch ein Bedürfnis nach einem auf das Leistungsinteresse⁴²⁾ gerichteten Schadensausgleich anzunehmen.⁴³⁾

Ist aber die Drittschadensliquidation in diesem Zusammenhang als die Konsequenz einer notwendigen Erweiterung der Grundsätze anzusehen, die bei der mittelbaren Stellvertretung anzuwenden sind, so hat auch das Vorgehen bei der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs den Prinzipien dieses Rechtsinstituts zu entsprechen.⁴⁴⁾ Das bedeutet, daß, sollte keine Abtretung vorgenommen bzw. Einziehungs-ermächtigung⁴⁵⁾ erteilt worden sein, nur der mittelbare Vertreter - der daneben auch befugt ist, Ausgleich eines

39) So v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 257 und auch schon RGZ 90, 240, 246.

40) Anders im angloamerikanischen Recht; vgl. dazu v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 257.

41) Vgl. dazu, daß § 392 HGB auch für den Speditionsvertrag gilt, KG JW 1933, 1846; siehe zur Drittschadensliquidation beim Speditionsverhältnis etwa RGZ 109, 288, 292 f.

42) Insoweit geht diese Form des Drittschutzes über den Ausgleich bloßen Erhaltungsinteresses hinaus; vgl. Hagen S. 255.

43) So v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 258; zustimmend Esser, Bd. 1, S. 294, § 43, II 1; Hagen S. 253 f.

44) Das betont auch v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 258.

45) Vgl. zu ihrer Zulässigkeit Hagen S. 246 f. m.w.N.

ihm selbst z.B. infolge Provisionsentgangs entstandenen Schadens zu verlangen⁴⁶⁾ - forderungsberechtigt sein kann.⁴⁷⁾ Der Dritte vermag ihn allein nach § 281 BGB auf Herausgabe des stellvertretenden Kommodums, also auf Übertragung der den Drittschaden betreffenden Ersatzleistungen oder, sollten diese noch nicht erbracht sein, auf Abtretung der diesbezüglichen Schadensersatzforderungen in Anspruch zu nehmen.⁴⁸⁾

bb) Die Feststellung eines eigenen Schadens des Verletzten als Ausgangspunkt für einen Drittschutz bei mittelbarer Stellvertretung

Ausgehend von der Erkenntnis, daß eine dem Gesetz entsprechende schadensersatzrechtliche Grundlegung eines Drittschutzes prinzipiell gegenüber derjenigen vorrangig ist, die auf einem durch Rechtsfortbildung zu schaffenden Rechtsinstitut beruht, fragt es sich, ob das bei der mittelbaren Stellvertretung mit der Drittschadensliquidation gewonnene Ergebnis nicht auch auf dem Wege über die Feststellung eines eigenen Schadens des in haftungsbegründender Weise Verletzten erreicht werden kann.

Dem verläßt man den "wertneutralen Differenzschadensbegriffs" Mommsen's, der zusammen mit dem Dogma vom Gläubigerinteresse die Drittschadensproblematik erst in voller Schärfe hervortreten läßt⁴⁹⁾, zugunsten einer wertenden Schadensfest-

46) Vgl. etwa Esser, Bd. 1, S. 294, § 43, II 1; Hagen S. 253, der darauf abstellt, daß "zur Ausfüllung des sekundären Leistungsinteresses der Vertreter und der Vertretene gemeinsam als zuständiges Rechtssubjekt" anzusehen sind; Eike Schmidt S. 612; RG JW 1910, 1000 Nr. 5; RGZ 58, 39, 42; 62, 331, 335; 90, 240, 235.

47) Das ist allgemeine Ansicht; vgl. Enneccerus-Lehmann S. 84, § 17, I 2 g; v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 258; BGHZ 25, 250, 259. Vgl. aber Hagen S. 253, der in der Anspruchsberechtigung des mittelbaren Vertreters eine gewohnheitsrechtliche Ausgestaltung der hier zulässigen Drittschadensliquidation sieht.

48) Vgl. dazu etwa Fikentscher S. 267, § 50, II 3 a oder Enneccerus-Lehmann S. 84, § 17, I 2 g.

49) Siehe dazu ausführlich Hagen, JuS 1970, 442 f.

stellung, so vermag man dem Vertretenen ebenfalls eine auf einem abgeleiteten Recht beruhende Ersatzberechtigung zu verschaffen. Würde man es dem Schädiger versagen, sich darauf zu berufen, daß er einen in mittelbarer Stellvertretung geschlossenen Vertrag verletzt und deshalb der Anspruchsberechtigte kein eigenes Interesse an der vertraglichen Leistung selbst hat, so wäre davon auszugehen, daß beim "Vertreter" über einen eventuellen Provisionsentgang hinaus ein eigener Schaden im Umfange des Leistungsinteresses entstünde.^{50a)} Den auf seinen Ersatz gerichteten Anspruch müßte er nach § 281 BGB auf den "Vertretenen" überleiten, der dann auf dieser Grundlage gegen den Schädiger vorgehen könnte; hätte der Anspruchsberechtigte schon Ersatzleistungen erlangt, so hätte er diese an den mittelbar geschädigten Auftraggeber herauszugeben.

Obwohl sich auf diesem Wege in den meisten Fällen die gleichen Ergebnisse wie mit einer Drittschadensliquidation erzielen ließen,⁵⁰⁾ ist er doch abzulehnen. Er kann der arbeitsteiligen Funktion der Stellvertretung nicht gerecht werden, die auch bei nicht offengelegtem Vertreterhandeln, anerkennt man überhaupt seine rechtliche Bedeutung, zu beachten ist.⁵¹⁾ Sieht man im Rahmen der Weiterentwicklung des Rechtsinstituts der mittelbaren Stellvertretung einen Drittschadensausgleich als erforderlich an, so verlangt die besondere Struktur der insoweit zugrundeliegenden Dreipersonenverhältnisse, daß auch der beim "Vertretenen" entstandene Schaden direkt und nicht nur über den Umweg eines Schadens des Verletzten ersetzt wird. Nur so kann die Tatsache, daß die mit dem Rechtsgeschäft verbundenen Vor- und Nachteile den an diesem eigentlich Interessierten unmittelbar treffen sollen, hinreichende Berücksichtigung finden.⁵²⁾

50) Das betont auch Hagen S. 285.

51) So insbesondere Hagen S. 255; vgl. auch Eike Schmidt S. 612.

52) Vgl. dazu Hagen S. 254 f.

52a) Zur Verdeutlichung ein Beispiel: Der Beauftragte A kauft als mittelbarer Stellvertreter des B für diesen eine Sache, ohne sie ihm ant zipierrt zu übereignen; wird diese Sache bei A von S beschädigt, so könnte A von S dann Ersatz des Sachschadens verlangen, wenn S sich nicht auf das mangelnde Eigeninteresse des daher rein rechnerisch nicht geschädigten A berufen kann.

Die Drittschadensliquidation stellt sich deshalb als die geeignetste Ersatzform dar;⁵³⁾ eine Beschränkung ihres Anwendungsbereichs als Folge einer teleologischen Reduktion⁵⁴⁾ - diese käme hier allein in Betracht, da die Drittschadensliquidation bei mittelbarer Stellvertretung auf Grund gewohnheitsrechtlicher Anerkennung als Bestandteil des objektiven Rechts anzusehen ist - hat nicht stattzufinden.⁵⁵⁾

b) Die Drittschadensliquidation bei Treuhandverhältnissen

Die zweite Fallgruppe, bei der die herrschende Meinung⁵⁶⁾ eine Drittschadensliquidation für zulässig erachtet, betrifft die Drittwirkungsschäden, die im Rahmen eines Treuhandverhältnisses vorkommen. Sie hat in ihrer Ausgangslage große Ähnlichkeit mit der oben dargestellten, der solche Drittschädigungen unterfallen, die im Zusammenhang mit einer mittelbaren Stellvertretung stehen; ebenso wie dort der Vertreter, so handelt hier der Treuhänder, also derjenige, dem zwar das in haftungsbegründender Weise verletzte Recht in vollem Umfange übertragen, der jedoch dem geschädigten Treugeber gegenüber schuldrechtlich verpflichtet ist, damit in bestimmter Weise zu verfahren,⁵⁷⁾ im eigenen Namen, aber im Interesse eines anderen. Beide leiten ihre Befugnisse aus einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung her.

53) Ob es in diesen Fällen um eine Schadensverlagerung, so Larenz, Bd. I, S. 328, § 27, IV b 2 und Hagen S. 285, oder allein um den Ersatz mittelbaren Schadens, so Esser, Bd. 1, S. 294, § 43, II 1 und Selb, NJW 1964, 1765, 1767, geht, ist, da dem Kriterium der Schadensverlagerung keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, insoweit irrelevant.

54) Vgl. dazu allgemein Larenz, Methodenlehre, S. 369 ff.: Eine "im Gesetz enthaltene, zu weit gefaßte Regel" wird "auf den ihr nach dem Zweck oder Sinnzusammenhang des Gesetzes zukommenden Anwendungsbereich zurückgeführt".

55) Vgl. dazu auch Hagen S. 255.

56) Vgl. etwa Fikentscher S. 267, § 50, II 3 a; Esser, Bd. 1, S. 295, § 43, II 2; Diehle S. 13 ff., 74 ff.; v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 259 f.; RG DJ 1939, 1439 ff. A.A. Staudinger-Werner Vorbem. 99 zu §§ 249-255, der beim BGB stehen bleiben zu müssen glaubt, soweit kein Ge-

Um die Fallgestaltungen, die unter den Oberbegriff "Treuhand" zu subsumieren sind, erfassen zu können, erscheint deshalb eine nähere Abgrenzung sowohl zum nicht offengelegten Vertreterhandeln als auch - auf der anderen Seite - zur bloßen Innehabung einer Obhutposition erforderlich.

aa) Die Abgrenzung zur Innehabung einer Obhutposition
und zur mittelbaren Stellvertretung

Charakteristisch für die ebenfalls im weiteren Verlauf darzustellenden Fälle der Wahrnehmung einer Obhutspflicht - auch insoweit erlaubt die herrschende Meinung⁵⁸⁾ bei Drittschädigungen die Liquidation eines Drittinteresses - ist die Tatsache, daß derjenige, der auf dieser Grundlage für die Unversehrtheit einer Sache zu sorgen hat, nur Besitzer, jedoch nicht Vollrechtsinhaber ist.⁵⁹⁾ Da im Gegensatz dazu ein Treuhänder - wobei es nicht darauf ankommt, ob es sich um eine Sicherungs- oder Verwaltungstreuhand⁶⁰⁾ handelt

wohnheitsrecht besteht; Eike Schmidt S. 613; Hagen S. 256 ff., die beide einen eigenen Schaden des Treugebers annehmen.

Zuweilen wird zwischen einer Drittschadensliquidation bei mittelbarer Stellvertretung und der bei einer Treuhand überhaupt nicht unterschieden; vgl. etwa Palandt-Heinrichs Vorbem. 6 b aa vor § 249 oder die Aufzählung in BGHZ 40, 91, 100 f.; siehe auch RGZ 107, 132, 135; 155, 50 ff. sowie BGHZ 25, 250 ff. Vgl. dazu Diehle S. 14 ff.

- 57) Vgl. zu dieser Inhaltsbestimmung der Treuhand im eigentlichen Sinne Staudinger-Coing Vorbem. 58 zu § 164 oder Erman-H.Westermann Rdnr. 3 vor § 164.
- 58) Vgl. dazu etwa Palandt-Heinrichs Vorbem. 6 b bb vor § 249; v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 264 ff.; BGHZ 40, 91, 101 und im übrigen unter d, S. 269 ff.
- 59) Siehe zu dieser Ausgangslage v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 264.
- 60) Vgl. zu den verschiedenen Formen der Treuhand etwa Soergel-Schultze-v. Lasaulx Rdnr. 67 vor § 164 oder Larenz, Allgemeiner Teil S. 467 f., § 30, I b 2.

und ob die diesbezügliche Rechtsübertragung auf einer auflösend bedingten oder einer unbedingten Einigung beruht - Volleigentümer⁶¹⁾ bzw. Forderungsinhaber wird, läßt sich insoweit eine eindeutige Grenzziehung vornehmen.⁶²⁾

Nicht der Fall ist das dagegen für die zwischen Treuhänder und mittelbarer Stellvertretung zu treffende Unterscheidung; für sie muß vielmehr auf wertende Gesichtspunkte zurückgegriffen werden. Als Ausgangspunkt muß dabei das Wesen der Stellvertretung gewählt werden. Es besteht darin, daß der Vertreter - ohne Rücksicht darauf, ob er seine Rechtsstellung aufdeckt oder nicht - im Interesse des Vertretenen mit Dritten in rechtsgeschäftliche Beziehungen tritt.⁶³⁾ Es wird sich dabei in den meisten Fällen um den Erwerb bzw. die Veräußerung eines Rechts handeln. Dagegen ist es das maßgebliche Kennzeichen für eine treuhänderische Stellung, daß sie, ohne daß es auf weitere rechtsgeschäftliche Kontakte ankommen würde, allein durch die Innehabung eines Rechts für den Treugeber bedingt ist.⁶⁴⁾ Diese Ausübung eines Rechts für einen anderen kraft eigener Rechtsmacht kann entweder - wie bei der Verwaltungstreuhänder - allein im Interesse des Treugebers oder auch - so bei der Sicherungstreuhänder - in dem beider an dem Treuhändervertrag Beteiligten liegen.

Die Frage, wann im Einzelfall eine treuhänderische Innehabung einer Sache oder eines Rechts angenommen werden kann, muß hier dahinstehen.⁶⁵⁾ Für die Abgrenzung der Drittschadens-

61) Siehe etwa Palandt-Degenhart Einf. 7 B vor § 929.

62) Vgl. Diehle S. 74; weiterhin keine Schwierigkeiten macht die Abgrenzung der Drittschadensliquidation bei Treuhänderverhältnissen von der bei obligatorischer Entlastung, siehe dazu unten c, S. 260 ff., da insoweit schon keine Berührungspunkte zwischen den jeweiligen Ausgangslagen bestehen; so auch Diehle S. 73 f.

63) So etwa Staudinger-Coing Vorbem. 59 zu § 164 oder Ennecerus-Nipperdey S. 1103, § 179, IV 1.

64) Vgl. Staudinger-Coing Vorbem. 59 zu § 164 und insbesondere Diehle S. 67 ff., der die Abgrenzung nach den Gesichtspunkten des "Zustandes" und des "Handelns" vornimmt.

65) Vgl. dazu etwa Soergel-Schultze-v. Lasaulx RdNr. 65, 68-71 vor § 164 m.w.N.

ersatzmöglichkeiten bei Treuhand und mittelbarer Stellvertretung ist jedoch allgemein auf folgendes hinzuweisen: Da sich die Stellung eines Treuhänders und die eines mittelbaren Stellvertreters nicht notwendig gegenseitig ausschließen,⁶⁶⁾ besteht zum einen die Möglichkeit, daß derjenige, der ein Recht für einen anderen als Vollrechtsinhaber ausübt, über dieses Treugut als mittelbarer Stellvertreter verfügt oder sonst ein Rechtsgeschäft, das sich auf dieses bezieht, für Rechnung und zumindest auch⁶⁷⁾ im Interesse des Treugebers abschließt; besondere Bedeutung erlangt dies bei einer uneigennützigen Verwaltungstreuhand. Insoweit gründet sich die Ersatzberechtigung des Dritten auf eine Drittschadensliquidation, wie sie oben⁶⁸⁾ für den Ausgleich der Beeinträchtigungen eines mittelbar Vertretenen als zulässig und erforderlich angesehen wurde.

Zum anderen kann aber auch derjenige, der, ohne dies nach außen hin offenzulegen, für Rechnung und im Interesse eines anderen handelt, beim Erwerb eines Rechts - entschließt man sich einerseits dazu, das umstrittene Erfordernis der Unmittelbarkeit⁶⁹⁾ zumindest teilweise⁷⁰⁾ aufzugeben⁷¹⁾,

66) Vgl. dazu Diehle S. 68 f.

67) Daß der "Vertreter" mit dem Vertragsschluß auch ein eigenes Interesse verfolgt, berührt seine Rechtsstellung als mittelbarer Vertreter nicht; vgl. Erman-Sirp Rdnr. 93 zu § 249.

68) Vgl. in diesem Abschnitt, VI C 1 a aa, S. 243 ff.

69) Es besagt, daß nur derjenige zum Treuhänder werden kann, der das Treugut unmittelbar vom Treugeber erwirbt, und wurde vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung vertreten; vgl. RGZ 84, 214, 217; 91, 11, 16; 127, 341, 344; 133, 84, 87; auch der Bundesgerichtshof hat es im Grundsatz beachtet; vgl. z.B. BGH WM 1960, 325; 1965, 173, 174. Siehe auch Staudinger-Berg Rdnr. 31 zu § 929; BGB-RGRK-Kuhn Anm. 14 vor § 164.

70) So Soergel-Schultze-v. Lasaulx Rdnr. 70 vor § 164 und etwa auch BGH NJW 1954, 190 ff.

71) Keine Bedeutung messen dem Erfordernis der Unmittelbarkeit bei: Staudinger-Coing Einl. 60 d zu §§ 104 ff.; Enneccerus-Nipperdey S. 920, § 148, II; RG JW 1928, 1813, 1814; BGH BB 1953, 248; 1959, 573.

und liegen andererseits die übrigen Voraussetzungen für eine Treuhand vor⁷²⁾ - zum Treuhänder werden. Relevant wird dies insbesondere in den Fällen, in denen es um die Frage geht, wann ein Neuerwerb als Surrogat eines Treuguts angesehen werden kann.⁷³⁾ Wird in diesem Zusammenhang der Vertretene infolge der zwischen ihm und dem Vertreter bestehenden Abmachungen zum Treugeber, so richten sich die ihm eröffneten Ausgleichsmöglichkeiten nach den im folgenden darzulegenden, für Drittschädigungen bei Treuhandverhältnissen geltenden Grundsätzen. Lassen sich dagegen zwischen ihm und dem Beauftragten - etwa bei bloßem verdecktem Erwerb in seinem Auftrag⁷⁴⁾ - keine treuhänderischen Beziehungen feststellen, so besteht insoweit nur die Möglichkeit, über eine Drittschadensliquidation Ersatz zu erlangen.⁷⁵⁾ Der vorübergehende Vollrechtserwerb des Vertreters, der das Recht auf den Auftraggeber zu übertragen hat, stellt sich als Folge des arbeitsteiligen Vorgehens bei der Stellvertretung, das auch dann, wenn sie nicht offengelegt wird, für sie kennzeichnend ist, jedoch nicht als auch nur auf kurze Dauer berechnete Treuhand dar.⁷⁶⁾

72) Folge dieser Einschränkung ist es, daß nicht jeder erwerbende mittelbare Stellvertreter automatisch zum Treuhänder wird, somit die Erreichung des Zwecks, der dadurch, daß man das Erfordernis der Unmittelbarkeit aufstellt, verfolgt wird und der darin besteht, einen Mißbrauch der Treuhand zu verhindern, nicht unmöglich gemacht wird; so auch Staudinger-Coing Einl. 60 d. zu §§ 104 ff. und Enneccerus-Nipperdey S. 920, § 148, II.

73) Vgl. dazu Soergel-Schultze-V. Lasaulx Rdnr. 71 vor § 164.

74) So etwa auch Enneccerus-Nipperdey S. 920, § 148, II insb. FN. 17.

75) Vgl. dazu Diehle S. 58 ff.

76) Dem Zeitmoment kommt dabei jedoch für die Abgrenzung der treuhänderischen Inhaberschaft von der, die allein auf einer mittelbaren Stellvertretung beruht, keine entscheidende Bedeutung zu; vgl. auch Diehle S. 69. Ihm kann neben der Auslegung des zwischen Auftraggeber und Beauftragtem bestehenden Rechtsverhältnisses allein die Wirkung eines Indiz zukommen.

Abschließend ist auf folgendes hinzuweisen: Auf der Grundlage der im weiteren Verlauf darzulegenden Ersatzberechtigungen kann der Treugeber unter keinen Umständen Ausgleich für ein Erfüllungsinteresse erlangen, das er an einem vom Treunehmer geschlossenen Vertrag - auch wenn sich dieser auf das Treugut selbst bezieht - hat. Insoweit handelt es sich vielmehr immer um solche Drittschädigungen, die im Zusammenhang mit einer mittelbaren Stellvertretung stehen und für die unter der Voraussetzung, daß der Beauftragte dem am Verträge Interessierten nicht haftet, die Drittschadensliquidation als der einzig mögliche Ersatzweg anzusehen ist. Die für den Drittschadensersatz bei Treuhandverhältnissen geltenden Regeln können allein dann einen Ausgleich ermöglichen, wenn ein am Treugut selbst bestehendes Interesse in Frage steht.

bb) Die Beeinträchtigung des Treuguts als haftungsbegründende Verletzung des Treugebers

Man ist sich heute weitgehend darüber einig,⁷⁷⁾ daß einem Treugeber, der durch eine Einwirkung auf das Treugut geschädigt wird, eine Ersatzmöglichkeit zu eröffnen ist.⁷⁸⁾ Denn zwar ist der Treunehmer nach dem Gesetz in vollem Umfange berechtigt, jedoch ergibt sich bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise, für die hier im gleichen Maße wie bei der mittelbaren Stellvertretung ein Bedürfnis besteht, daß der Treugeber der eigentlich Interessierte an den übertragenen Sachen und Forderungen ist.⁷⁹⁾

Die Drittschadensliquidation bietet sich insoweit als eine geeignete Ersatzform an.⁸⁰⁾ Anders als bei der mittelbaren

77) Vgl. aber Staudinger-Werner Vorbem. 99 zu §§ 249-255, der jedoch auf Drittschädigungen bei Treuhandverhältnissen nicht eingeht.

78) Vgl. dazu die Nachweise oben in FN. 56.

79) Man kann insoweit von der Stellung eines wirtschaftlichen Eigentümers sprechen; vgl. Eike Schmidt S. 613.

80) Vgl. dazu insbesondere Diehle S. 67 ff., 95 f., der die Drittschadensliquidation bei mittelbarer Stellvertretung

Stellvertretung kann sie jedoch in dem hier fraglichen Zusammenhang nicht als Gewohnheitsrecht angesehen werden.⁸¹⁾ Deshalb vermag sie auch der Heranziehung anderer Drittschutzformen, die es unter Umständen ermöglichen, den Interessen der Beteiligten besser gerecht zu werden, nicht entgegenzustehen. Im Rahmen der neueren Literatur⁸²⁾ steht dabei insbesondere der Versuch im Vordergrund, einen eigenen Ersatzanspruch des Treugebers zu begründen. man sich dem an, so wird der Rückgriff auf eine Drittschadensliquidation in den Treuhandfällen überflüssig.⁸³⁾ Da sich jedoch die jeweils zu erzielenden Ergebnisse dem Haftungsumfang nach im wesentlichen decken,⁸⁴⁾ können sich die nachfolgenden Ausführungen auf einige grundlegende Hinweise beschränken.

Der Ausgangspunkt der von Hagen zum Drittschadensersatz in den Treuhandfällen vertretenen Auffassung stimmt mit dem der herkömmlichen Ansicht überein. Sowohl v. Caemmerer⁸⁵⁾ als auch im Anschluß an ihn Esser⁸⁶⁾ gehen ebenso wie Hagen⁸⁷⁾ davon aus, daß in Anbetracht des Schutzes, der einem Treugeber im Rahmen des Vollstreckungsrechts zugebilligt wird⁸⁸⁾, auch ein schadensersatzrechtlicher Drittschutz zu erfolgen habe. Während sich aber die Erstgenannten damit begnügen, die Liquidierung des Drittschadens durch den Treuhänder zuzulassen, geht Hagen einen Schritt weiter; zum einen schließt er daraus, daß die Stellung des Treugebers im Vollstreckungsrecht praktisch verdinglicht ist⁸⁹⁾,

und die bei Treuhand, indem er die Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung als Ausgangspunkt nimmt, als gemeinsame Fallgruppe ansieht; siehe dazu aber Hagen S. 283 f. und Eike Schmidt S. 613.

81) Vgl. Hagen S. 142 ff. Entsprechendes gilt für die im folgenden noch zu behandelnden Fallgruppen.

82) Vgl. Hagen S. 256 ff. und im Anschluß an ihn Eike Schmidt S. 613.

83) So ausdrücklich Eike Schmidt S. 613.

84) So auch Medicus S. 358, §§ 33, IV 4.

85) v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 259.

86) Esser, Bd. 1, S. 295, § 43, II 2.

87) Hagen S. 264 f., 276 f.

auf die Notwendigkeit, sie haftungsrechtlich, soweit es den deliktischen Bereich angeht, als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB anzusehen.⁹⁰⁾ Zum anderen billigt er aber auch außerhalb deliktsrechtlicher Haftung, also dort, wo es um Drittschäden im Zusammenhang mit der treuhänderischen Übertragung von Forderungen geht, dem Treugeber bei Verzug und Unmöglichkeit einen eigenen Schadensersatzanspruch zu.⁹¹⁾

Diese zweite Drittschutzform wird man, zumindest soweit sie eine Sicherungszession betrifft, auch als herrschende Meinung anzusehen haben. Die insoweit einschlägige Rechtsprechung des Reichsgerichts⁹²⁾ beruft sich nicht auf eine Drittschadensliquidation, sondern leitet aus einer Parallele zu den Pfandrechtsvorschriften einen eigenen Anspruch des Treugebers ab. Auch Hagen⁹³⁾ erreicht dies Ergebnis in Anlehnung an die für die Verpfändung geltenden Vorschriften. Seine dogmatische Rechtfertigung bezieht es aus dem Gedanken "einer funktionsgerechten Relativierung der Rechtszuständigkeit"⁹⁴⁾.

88) Der Treugeber kann im Konkurs nach § 43 KO aussondern und bei der Einzelzwangsvollstreckung nach § 771 ZPO Drittwiderspruchsklage erheben; vgl. dazu etwa Erman-M.Westermann Rdnr. 3 vor § 164 und eingehend Hagen S. 261 ff., 274 ff.

89) So ausdrücklich Eike Schmidt S. 613; vgl. auch Reinhardt-Erlinghagen, JuS 1962, 41, 49 f.

90) Vgl. Hagen S. 278 und auch BGH WM 1959, 1002, 1004.

91) Hagen S. 284 f.

92) RGZ 150, 50, 52.

93) Vgl. Hagen S. 281.

94) Hagen S. 280.

Bei einer Inkassozeession, also bei uneigennütziger Treuhand, hat die Rechtsprechung⁹⁵⁾ dagegen auf eine Drittschadensliquidation und dabei wiederum auf die Grundsätze zurückgegriffen, die bei Drittschädigungen im Rahmen einer mittelbaren Stellvertretung gelten. Da jedoch die Beziehung des Treugebers zu dem Treugut bei der Verwaltungstreuhand, bei der er der allein Interessierte an der Forderung ist, enger ist als bei der Sicherungstreuhand, erscheint es in sich widersprüchlich, wenn man im Falle eines Schadensereignisses die Ersatzberechtigung des Dritten, anders als bei der Sicherungstreuhand, bei der der Treuhänder zumindest ein eigenes Sicherungsinteresse hat, nur auf ein abgeleitetes Recht stützt.⁹⁶⁾ Man muß vielmehr auch bei der uneigennützigen Treuhand der zwischen den Parteien bestehenden Abrede dergestalt quasi-dingliche Wirkung beimessen, daß der Treugeber aus eigenem Recht anspruchsberechtigt ist. An der Zulässigkeit dieser Drittschutzform ändert auch die Tatsache nichts, daß, da insoweit kein Sicherungszweck besteht, bei Heranziehung der den Pfandrechtsregeln zugrundeliegenden Gedanken insbesondere im Hinblick auf § 1281 Satz 2 BGB, der allein eine Leistung an den Pfandgläubiger und den Eigentümer gemeinsam zuläßt, der Treugeber eher zuwenig als zuviel geschützt ist.⁹⁷⁾ Darüber hinaus weist Hagen⁹⁸⁾ richtigerweise darauf hin, daß man nur dann, wenn man der von ihm vertretenen schadensersatzrechtlichen Gleichstellung der für Forderungen bestehenden Sicherungs- und Verwaltungstreuhandverhältnisse

95) Vgl. RGZ 107, 132, 135 (Mirabellensprüfball); obwohl insoweit auf das Rechtsinstitut der Treuhand nicht eingegangen wird, handelt es sich doch bei dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt um ein überwiegend uneigennütziges Treuhandverhältnis; die Klägerin, der die Forderung abgetreten wurde, sollte den eingezogenen Betrag in ihrem Geschäft nutzbringend verwenden; siehe dazu auch Diehle S. 14 ff.

96) Vgl. auch Hagen S. 283.

97) Vgl. Hagen S. 284.

98) Hagen S. 284.

folgt, vermeidet, daß bei gänzlichem oder teilweise Wegfall des Sicherungszwecks ein Wechsel in der Berechtigung eintritt, die Ersatzansprüche geltend machen zu dürfen.

Wurde bisher nur auf den Drittschadensausgleich bei treuhänderischer Inhaberschaft von Forderungen eingegangen, so sollen nachfolgend die Ersatzmöglichkeiten eines Treugebers nachgegangen werden, die sich ergeben, wenn es sich bei dem beeinträchtigten Treugut um Sachen handelt. Hierbei hat man von vornherein eine grundlegende Differenzierung vorzunehmen. Zum einen besteht die Möglichkeit einer auflösend bedingten Übereignung an den Treuhänder. Insoweit hat die herrschende Meinung⁹⁹⁾, wobei sie wiederum vom Schutzbedürfnis in der Zwangsvollstreckung ausging, anerkannt, daß dem Treugeber ein Anwartschaftsrecht zusteht, dessen Verletzung, ohne daß es auf die Streitfrage um dessen dingliche Natur¹⁰⁰⁾ ankäme, zum Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB verpflichtet. Eine Unterscheidung danach, ob es sich um eine eigen- oder fremdnützige Treuhand handelt, ist nicht zu treffen.

Zum anderen kann der Übertragung des Treuguts aber auch eine unbedingte Einigung zugrundeliegen. Ein Anwartschaftsrecht in dem oben angenommenen Sinn, dessen Verletzung zu einem auf § 823 Abs. 1 BGB gegründeten Schadensersatzanspruch des Treugebers führen würde, besteht insoweit nicht. Dennoch kann es nicht als sachgerecht angesehen werden, dem geschädigten Treugeber nur die Ersatzmöglichkeiten zuzubilligen, die sich dann ergeben, wenn man entweder als Fortbildung des Rechts der Treuhand¹⁰¹⁾ oder als Anwendungsfall der

99) Vgl. Palandt-Thomas Anm. 6a zu § 823; Erman-Drees Rdnr. 29 zu § 823; Soergel-Zeuner Rdnr. 41 zu § 823; Fikentscher S. 618, § 103, I 5 f.; Larenz, Bd. II, S. 457, § 72, I a; RGZ 170, 1, 6 f.; BGH WM 1957, 514, 516; BGHZ 55, 20, 25 f.

100) Siehe dazu etwa Larenz, Allgemeiner Teil, S. 176 f., § 13, I 9 und S. 422 f., § 25, III c jeweils m.w.N.

101) So v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 259.

zur mittelbaren Stellvertretung gefundenen Grundsätze¹⁰²⁾ eine Drittschadensliquidation zuläßt. Will man "den Treugeber auch im Schadensersatzrecht entsprechend den wahren wirtschaftlichen Interessen schützen"¹⁰³⁾, so ist es auch bei unbedingter treuhänderischer Rechtsübertragung erforderlich, einen eigenen Ersatzanspruch des Treugebers und nicht nur eine abgeleitete Drittberechtigung anzunehmen.

Die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens ergibt sich im wesentlichen aus folgendem: Zum einen hat man wiederum, was insbesondere für die Sicherungstreuhand von Bedeutung ist, eine Parallele zu den Pfandrechtsvorschriften zu ziehen.¹⁰⁴⁾ Zum anderen ist die Stellung des Treugebers, der unbedingt über das Treugut verfügt hat, der eines Anwartschaftsberechtigten weitgehend ähnlich, so daß eine Gleichbehandlung geboten erscheint. Es wird zu Recht darauf hingewiesen,¹⁰⁵⁾ daß sich die insoweit zustehenden Berechtigungen nur quantitativ, jedoch nicht qualitativ voneinander unterscheiden. Beide Male besteht infolge des Schutzes, der dem Treugeber wie dem Anwartschaftsberechtigten im Rahmen einer Zwangsvollstreckung gewährt wird, eine solche Verstärkung ihrer Rechtspositionen gegenüber bloßen obligatorischen Berechtigungen, daß man die Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB als erfüllt anzusehen hat.¹⁰⁶⁾

Diese eigene Anspruchsberechtigung eines unbedingt verfügenden Treugebers beschränkt sich auch nicht auf die Fälle eigennütziger Treuhand. Vielmehr muß in den Fällen, in denen der Erwerber allein im Interesse des Geschädigten Eigentümer einer Sache ist, in gleicher Weise ein delikts-

102) So etwa Diehle S. 67 ff., 95 f.

103) Dies betont Esser, Bd. 1, S. 295, § 43, II 2, der daraus jedoch nicht den Schluß auf über die Drittschadensliquidation hinausgehende Ersatzmöglichkeiten zieht.

104) Auch dort bleibt der Verpfänder auf Grund des ihm verbleibenden Eigentums bei einer Beschädigung der Pfandsache aus eigenem Recht schadensersatzberechtigt. Gerade die Sicherungstreuhand ist aber dem Pfandrecht "vom Geschäftszweck und der Interessenlage her" nahe verwandt; vgl. Hagen S. 277.

rechtlicher Schadensersatzanspruch entstehen.¹⁰⁷⁾ Es ist, wie schon für den Fall der fiduziarisch übertragenen Forderungen ausgeführt, nicht angängig, den Treugeber insoweit schlechter zu stellen.

cc) Zusammenfassung

Abschließend läßt sich somit feststellen: In den Fällen, in denen es im Zusammenhang mit einem Treuhandverhältnis als Folge der Beeinträchtigung des Treuguts zu Drittwirkungsschäden beim Treugeber kommt, bedarf es keiner Drittschadensliquidation, um einen angemessenen Drittschutz zu ermöglichen. Der geschädigte Dritte ist vielmehr in einem eigenen Recht in haftungsbegründender Weise verletzt und daher in eigener Person anspruchsberechtigt.

Der Frage, wie sich dieser Anspruch im Einzelfall ausgestaltet, soll hier nicht weiter nachgegangen werden. Der von Hagen¹⁰⁸⁾ vorgezeichnete Weg dürfte jedoch auch insoweit interessengerecht sein. Geht man nämlich zum einen von der Surrogation der für das Treugut erlangten Ersatzleistung aus und nimmt man andererseits eine gemeinschaftliche Gläubigerschaft im Sinne des § 432 BGB an, die jedoch im Innenverhältnis modifiziert sein kann, so ist damit gewährleistet, daß der Schädiger nur einmal für den Gesamtschaden Ersatz zu leisten hat, daß aber beispielsweise dem Sicherungsinteresse des Treunehmers bei der Sicherungsübereignung in hinreichendem Maße Rechnung getragen wird.

105) Vgl. Hagen S. 278 m.w.N.

106) So auch Hagen S. 278 und Reinhardt-Erlinghagen, JuS 1962, 41, 49 f., die verselbständigte dingliche Treuhandrechte annehmen.

107) Vgl. dazu Hagen S. 283 f.

108) Hagen S. 267 ff., 278 ff.

c) Die Drittschadensliquidation bei obligatorischer Entlastung

Die in dieser Gruppe zusammengefaßten Fallgestaltungen, bei denen von der herrschenden Meinung¹⁰⁹⁾ ebenso wie bei mittelbarer Stellvertretung und Treuhand eine Drittschadensliquidation für zulässig erachtet wird, sind durch eine gemeinsame Ausgangssituation gekennzeichnet.

aa) Die Ausgangslage

Derjenige, der zur Übereignung einer Sache verpflichtet ist, erleidet bei ihrer Beschädigung oder Zerstörung durch einen Dritten, die er nicht zu vertreten hat, deshalb keinen Schaden¹¹⁰⁾, weil er, soweit er den Gegenstand auf Grund eines einseitigen Schuldverhältnisses schuldet, nicht die Leistungsgefahr, soweit ein zweiseitiges Schuldverhältnis in Frage steht, weder Leistungs- noch Preisgefahr zu tragen hat.¹¹¹⁾ Im Gegensatz dazu steht demjenigen,

109) Vgl. etwa Soergel-R.Schmidt Rdnr. 93 zu §§ 249-253; Staudinger-Ostler Rdnr. 31 zu § 447; Esser, Bd. 1, S. 295, § 43, II 3; Larenz, Bd. I, S. 327 f., § 27, IV b 1; Fikentscher S. 267, § 50, II 3 b, c; v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 260 ff. A.A. Eike Schmidt S. 610; Hagen S. 161 f. sowie ders. JuS 1970, 442, 444 f., die jeweils einen eigenen Schaden des Verletzten annehmen; vgl. dazu auch Selb, Studie, S. 47 ff., der auf die Grundsätze über die einseitige Vorteilsausgleichung zurückgreift. A.A. auch Staudinger-Werner Vorbem. 99 zu §§ 249-255, der aber, ausgenommen bei freiwilliger Ersatzleistung durch den Verletzten, vgl. a.a.O. Vorbem. 100, keine anderen Ersatzmöglichkeiten sieht. Die Rechtsprechung ist uneinheitlich. RGZ 62, 331 ff. nimmt in einem obiter dictum die Zulässigkeit einer Drittschadensliquidation an (vgl. a.a.O. S. 335), stützt jedoch den von ihm gewährten Drittschutz auf einen eigenen Schaden; BGHZ 40, 91, 100 f. und 51, 91, 93 bejahen beiläufig die Zulässigkeit der Drittschadensliquidation bei obligatorischer Entlastung; BGH VersR 1972, 1138, 1139 tut dies entscheidungserheblich. Offengelassen in BGHZ 49, 356, 361 und BGH NJW 1970, 38, 41.

110) Das gilt zumindest insoweit, als man die natürliche Betrachtungsweise der herkömmlichen Differenztheorie zugrunde legt; auf die damit zusammenhängenden Fragen wird zurückzukommen sein.

111) Vgl. zu dieser Ausgangslage etwa Esser, Bd. 1, S. 295, § 43, II 3.

der einen schuldrechtlichen Anspruch auf die Sache hat und der durch deren Beeinträchtigung geschädigt wird, keine Schadensersatzberechtigung zu; § 823 Abs. 1 BGB greift nicht ein, da nur ein obligatorisches, jedoch kein absolutes Recht verletzt ist; auch scheiden in der Regel vertragliche Ansprüche gegen den Schädiger aus.

In der Literatur¹¹²⁾ werden insbesondere zwei Beispielfälle für dieses Auseinanderfallen von Anspruchsberechtigung - da der obligatorisch Entlastete zum Zeitpunkt der schädigenden Handlung noch Eigentümer ist, entsteht diese in seiner Person - und Schaden gebildet: Zum einen wird auf die Schadensereignisse hingewiesen, bei denen ein vermachter Gegenstand vor der durch den Erben vorzunehmenden Übereignung durch einen Dritten vernichtet wird. Der als Eigentümer nach § 823 Abs. 1 BGB anspruchsberechtigte Erbe hat, da er nach § 275 BGB von seiner Leistungspflicht frei wird, keinen Schaden erlitten; der mit dem Vermächtnis Bedachte ist dagegen nicht in haftungsbegründender Weise verletzt; allein sein obligatorischer Anspruch auf den vermachten Gegenstand, vgl. §§ 2147, 2174 BGB, der nicht die Voraussetzungen eines sonstigen Rechts im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB zu erfüllen vermag, wird beeinträchtigt.

Zum anderen werden in diesem Zusammenhang die Fälle genannt, in denen ein Verkäufer infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Untergangs der geschuldeten Sache von seiner Übereignungspflicht frei wird und dennoch, entgegen dem Grundsatz des § 323 BGB, berechtigt bleibt, von diesem die Gegenleistungen zu verlangen; die Preisgefahr ist schon vor dem Unmöglichwerden, etwa nach den §§ 446, 447 BGB, auf den Käufer übergegangen.¹¹³⁾

112) Vgl. etwa Esser, Bd. 1, S. 295, § 43, II 3 a, b; Larenz, Bd. II, S. 377 f., § 27, IV b 1; Fikentscher S. 267, § 50, II 3 b, c, der insoweit zwei getrennte Fallgruppen bildet.

113) Ebenfalls in diesen Zusammenhang gehört die für das Werkvertragsrecht geltende Regelung des § 644 BGB; vgl. zu einem solchen Fall BGH NJW 1970, 38 ff.

Daß die insoweit zu beobachtende zufällige Haftungsfreistellung eines Schädigers unbillig ist, bedarf keiner weiteren Erläuterung.¹¹⁴⁾ Da ein eigener Ersatzanspruch des Drittwirkungsgeschädigten - die Verletzung des zur Rechtsübertragung verpflichteten Eigentümers verursacht seinen Schaden - der haftungsrechtlichen Systematik widersprechen würde, seine Rechtsstellung ist im Gegensatz zu der des Treugebers nicht verdinglicht, verbleiben allein die Möglichkeiten, einen Drittschutz zu eröffnen. Das ist einerseits die Drittschadensliquidation und andererseits die Feststellung eines eigenen Schadens des Verletzten, wobei der diesem dann zustehende Anspruch nach § 281 BGB an den geschädigten Dritten abzutreten wäre.

bb) Die Begründungsversuche der herrschenden Meinung

Um die Zulässigkeit einer Drittschadensliquidation in den Fällen obligatorischer Entlastung zu begründen, werden in der Hauptsache drei Überlegungen vorgebracht:

v. Caemmerer¹¹⁵⁾ sieht im Rahmen einer rechtsvergleichenden Untersuchung den Grundgedanken, der dem Gefahrübergang nach den §§ 446, 447 BGB zugrunde liegt, darin, daß "die Sache obligatorisch gesehen bereits Eigen des Käufers" sei; dies entfalte zwar im Verhältnis zu Dritten keine Wirkung, müsse jedoch inter partes berücksichtigt werden. Daraus schließt er, daß man, um diesem "Eigentumsübergang" auch schadensersatzrechtlich Geltung zu verschaffen, eine Drittschadensliquidation zuzulassen habe. Sie stelle sich

114) Anders aber Staudinger-Werner Vorbem. 99 zu §§ 249-255: "Der Übeltäter" kommt "zivilrechtlich gut weg ... weil... aus rechtlichen Gründen seinem Gläubiger ... kein Schaden entstanden ist"; eine Unbilligkeit sieht er darin nicht. Er wägt allein, einen Drittschutz durch eine Erweiterung des § 823 Abs. 1 BGB auf Forderungsrechte zu ermöglichen.

115) v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 261 f., vgl. dazu Hagen S. 90 f.

"als eine wichtige Modifikation des Rechts des Eigentumsübergangs bei Veräußerungsgeschäften" dar¹¹⁶⁾. Entsprechendes müsse für die Vermächtnisfälle gelten; in gleichem Maße, wie im Rahmen des Kaufes eine Annäherung des Traditions- an das Konsensprinzip stattfinde, handele es sich in diesem Zusammenhang um eine solche des Damnationslegats an das Vindikationslegat.¹¹⁷⁾

Selb¹¹⁸⁾ sieht in dem Gefahrübergang eine Versicherung des Verkäufers gegen die Gefahr des Untergangs bzw. der Verschlechterung der Sache. Von diesem Standpunkt aus erscheint die Drittschadensliquidation als Regreßfigur. Der Käufer, der durch die Kaufpreiszahlung versichere, könne auf diese Weise gegen den Schädiger Rückgriff nehmen.¹¹⁹⁾ Larenz¹²⁰⁾ und mit ihm die wohl herrschende Ansicht¹²¹⁾ gehen von einer Schadensverlagerung aus. Da diese den Schädiger nicht begünstigen dürfe, könne der Anspruchsberechtigte die Beeinträchtigungen des Dritten solange geltend machen, als keine Vervielfältigung des zu ersetzenden Scha-

116) v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 262.

117) Dem schließt sich Esser, Bd. 1, S. 295, § 43, II 3a, b an. Er weist darauf hin, daß die Entscheidung für das Traditionsprinzip und das Damnationslegat allein im Interesse der Gläubiger des Verkäufers bzw. des Nachlasses getroffen wurde; deshalb dürften dem Schädiger daraus keine Vorteile erwachsen.

118) Selb, NJW 1964, 1765, 1768; vgl. aber auch Selb, Studie, S. 51, wo er als Ergebnis festhält, daß die von ihm beim Regreß vorgenommenen "Wertungen unter mehreren Verbindlichkeiten ... auf Deckungspflichten allgemein zu übertragen" seien. Er scheint damit für die Fälle der Gefahrrentlastung auf einen eigenen Schaden des Anspruchsberechtigten hinzutendieren; vgl. auch a.a.O. S. 48.

119) Vgl. die Kritik bei v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 262 FN. 44a, der darauf hinweist, daß die Regelungen über die Preisgefahr eine präzisierende Ausgestaltung des Synallagmas seien.

120) Larenz, Bd. I, S. 328 ff., 27, IV b 2.

121) Vgl. etwa Palandt-Heinrichs Vorbem. 6 b vor § 249; Fikentscher S. 267, § 50, II 3 b, c; Medicus S. 360, § 33, IV 7 a aa.

dens eintrete. Dabei komme es nicht darauf an, ob sich dieser Schaden umfangmäßig mit dem decke, der ohne den Gefahrübergang beim Verkäufer entstanden wäre; die persönlichen Verhältnisse des mittelbar Geschädigten seien zu berücksichtigen.

Bevor man jedoch diese Begründungsversuche für eine Drittschadensliquidation bei obligatorischer Entlastung auf ihre Berechtigung hin überprüfen kann, stellt sich die Frage, ob nicht ein eigener Schaden des obligatorisch Entlasteten angenommen werden kann. Denn da insoweit in Verbindung mit § 281 BGB eine gesetzeskonforme Drittschutzlösung zur Verfügung gestellt werden könnte, würden sich eine Drittschadensliquidation und damit die mit ihrer Zulassung verbundene Durchbrechung der haftungsrechtlichen Systematik erübrigen.¹²²⁾

cc) Der eigene Schaden des obligatorisch Entlasteten

Die oben dargestellten Ansichten kamen allein deshalb zu einer Drittschadensliquidation, weil sie einen Schaden des Käufers bzw. des Erben verneinten. Die Berechtigung dieser Annahme, die allein auf einer wertneutralen Betrachtung des Schadens beruht, ist im Hinblick auf die Weiterentwicklungen des Schadensbegriffs zu überprüfen. Da an dieser Stelle jedoch nicht die gesamte u.a. mit der Normativierung des Schadens zusammenhängende Problematik ausbreitet werden kann¹²³⁾, müssen sich die nachfolgenden Ausführungen auf einige grundlegende Hinweise beschränken.

Ein eigener Schaden des in haftungsbegründender Weise Verletzten läßt sich in diesem Zusammenhang nur feststellen, wenn man es dem Schädiger verweigert, sich auf die obligatorische Entlastung zu berufen. Als eine Grundlage dafür

122) Siehe dazu auch Hagen S. 89 f.

123) Vgl. dazu etwa Hagen S. 151 ff.

bietet sich eine sachgerechte Weiterentwicklung der Regeln über die Vorteilsausgleichung an.¹²⁴⁾ Der dabei entscheidende Gesichtspunkt ist schon im bisherigen Verlauf der Arbeit¹²⁵⁾ herausgestellt worden: Es handelt sich darum, daß die Unterscheidung zwischen solchen Vorteilen, die mit oder erst nach dem Schadensereignis entstehen und deshalb, sollte es ihrem Zweck entsprechen, von einer Anrechnung ausgenommen werden können, und solchen, die schon vor dem Schadensereignis bestanden haben und daher grundsätzlich als schadensmindernde Faktoren zu berücksichtigen seien, aufzugeben ist.

Ausgehend von der damit verbundenen Erkenntnis, daß über die Anrechnung auch derjenigen Vorteile, die schon vor dem Schadensereignis entstanden sind, nach normativen Gesichtspunkten zu entscheiden ist, hängt die Antwort auf die Frage, ob sich der Schädiger auf die Gefahrtragungsregeln berufen kann, nur mehr davon ab, ob die durch sie bewirkte obligatorische Entlastung, die ihm unter keinen Umständen zugute kommen soll, als Vorteil im Sinne der obigen Grundsätze anzusehen ist. Wie Hagen¹²⁶⁾ dargelegt hat, ist kein Grund ersichtlich, Vorteile, die üblicherweise in Vermögensmehrungen gesehen werden¹²⁷⁾, und durch obligatorische Entlastungen bewirkte Minderungen der Passivposten - trotz Untergangs der geschuldeten Sache bleibt der Kaufpreisanspruch bestehen¹²⁸⁾ - unterschiedlich zu behandeln. Denn abgesehen von der Tatsache, daß eine solche Dif-

124) Vgl. dazu grundlegend Selb, Studie, S. 47 f. und Hagen S. 161 f. und auch schon JuS 1970, 442, 444 f.

125) Siehe dazu oben in diesem Abschnitt, I D 1a, S. 197 f. ff., wo es um die Feststellung eines eigenen Erwerbsausfallschadens des Arbeitnehmers trotz Lohnfortzahlung ging.

126) Hagen S. 161 f.

127) Vgl. etwa Larenz, Bd. I, S. 363, § 30, II.

128) Da der verletzte Erbe als Folge des Untergangs des vermachten Gegenstandes von der Verpflichtung zur Übereignung frei wird, könnte man darin einen mit dem Schadensereignis entstehenden Vorteil sehen, so daß auch diejenigen Autoren, die schon vorhandene Vorteile grundsätzlich berücksichtigen, zur Anwendung der Grundsätze über die Vorteilsausgleichung kommen müßten.

ferenzierung schwerlich durchzuführen ist - auch die regelmäßig als Vorteil angesehene Lohnfortzahlung beruht darauf, daß der Vergütungsanspruch nicht wegfällt -, handelt es sich in beiden Fällen um zumindest mittelbare Drittleistungen, die rein rechnerisch zu einer ausgeglichenen Vermögensbilanz des Verletzten führen. Es erscheint deshalb als eine logische Notwendigkeit, den Einfluß, den sie auf die Schadensentstehung haben, nach den jeweils gleichen wertenden Gesichtspunkten zu beurteilen.¹²⁹⁾ Die versagte obligatorische Entlastung stellt sich als ein Unterfall der versagten Vorteilsanrechnung dar.¹³⁰⁾

Die von Eike Schmidt¹³¹⁾ vertretene Ansicht, daß sich der Schädiger deshalb nicht auf die Gefahrtragungsregeln berufen könne, weil diesen nur relative Wirkung zukomme, beruht auf einem ähnlichen Gedankengang wie die oben dargestellte. Nach beiden Auffassungen wird es dem Schädiger verwehrt, sich auf besondere Gestaltungen der Rechtssphäre des Verletzten zu berufen. Insoweit ließe sich die oben¹³²⁾ gefundene Erkenntnis, daß schuldrechtliche Haftungsbeschränkungen im Einzelfall keine Außenwirkung zu entfalten vermögen, auch auf die für die Vorteilsausgleichung geltenden Grundsätze zurückführen; sie beruhte ebenfalls auf dem Gedanken, daß besondere Umstände im Verhältnis des Anspruchsberechtigten zum geschädigten Dritten dem Schädiger nicht zugute kommen sollen.

Darüber hinaus kann sich, worauf Hagen¹³³⁾ ebenfalls hingewiesen hat, ein eigener Schaden des im Verhältnis zu seinem Gläubiger obligatorisch Entlasteten auch daraus ergeben, daß man den Begriff des Vermögensschadens durch die Berücksichtigung des Vermögenszwecks, die sich als Folge eines funktionalen Verständnisses darstellt, erweitert und durch den Rechtsfortsetzungsgedanken ergänzt;

129) Vgl. Hagen S. 162.

130) Hagen S. 161.

131) Eike Schmidt S. 611.

132) Vgl. oben in diesem Abschnitt, III D 2a, S. 133 ff.

133) Hagen S. 185 ff. Vgl. zum Ersatz eines objektiven

auf diesem Wege gelangt man zu einer Ersatzpflicht bezüglich eines objektiven Mindestschadens.¹³⁴⁾ Auf eine vertiefende Erörterung dieser Problematik und dabei insbesondere auf eine nähere Auseinandersetzung mit dem diesem Gedankengang zugrundeliegenden subjektiven Vermögensbegriff¹³⁵⁾ muß und kann jedoch an dieser Stelle verzichtet werden. Wie Hagen¹³⁶⁾ ausdrücklich dargelegt hat, ergeben sich gegenüber dem oben angesprochenen Vorgehen, das auf einer wertenden Beurteilung der in die Differenzrechnung einzubeziehenden Aktiv- und Passivposten beruhte, keine ergebnismäßigen Unterschiede.

Gelangt man somit zu der Schlußfolgerung, daß beim obligatorisch Entlasteten eigene Schäden zur Entstehung gelangen können, so kommt § 281 BGB zur Anwendung. Der Verkäufer bzw. der Erbe hat die auf ihren Ersatz gerichteten Ansprüche als stellvertretende Commoda an den Geschädigten abzutreten. Da letzterem damit ein Anspruch gegen den Schädiger zusteht, wird eine Drittschadensliquidation überflüssig. Ob sich das so gefundene Ergebnis auch auf "eine funktionsgerechte Auslegung des § 281 BGB" dahingehend, "daß schadensbeeinflussende Drittbeziehungen den Schädiger in der Regel nichts angehen"¹³⁷⁾ stützen läßt, kann hier dahinstehen. Bedenken gegen dieses Vorgehen ergeben sich jedoch daraus, daß § 281 BGB - was auch zu seiner Ablehnung als Grundlage für das Rechtsinstitut der

Mindestschadens als Drittschutzform auch schon
Neuner, AcP 133, 277, 281 f., 297 f. m.w.N.

134) In diesem Zusammenhang ist zu beachten, daß auch die h.M. im hypothetischen Bereich eine auf dem freien Willen des Verletzten beruhende, zukünftig beabsichtigte Verwendung der Sache zugunsten des Schädigers nicht schadensmindernd berücksichtigt. Sie sieht hier vielmehr den gemeinen Wert einer entzogenen oder zerstörten Sache als Mindestschaden an; vgl. etwa Larenz, Bd. I, S. 339 f., § 29, I b; Esser, Bd. 1, S. 281, § 41, II 6c (a); Mertens S. 141 ff.; Neuner, AcP 133, 277, 293 ff. A.A. Soergel-R.Schmidt Rdnr. 8 § 249-253 und Enneccerus-Lehmann S. 59, § 14, I 2, der jedoch eine Lösungsmöglichkeit über das Bereicherungsrecht bzw. die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag sucht.

135) Vgl. dazu grundlegend Mertens S. 128 ff., der jedoch die Konsequenzen, die damit für die Drittschadens-

Drittschadensliquidation führen mußte¹³⁸⁾ - das Bestehen eines nach den allgemeinen Grundsätzen festgestellten Anspruchs voraussetzte.¹³⁹⁾

Die hier vertretene Drittschutzform bei obligatorischer Entlastung stellt sich vom Umfang der zu ersetzenden Schäden her als eine billige Lösung dar. Da ihr der Schaden, der in der Rechtssphäre des Verletzten entstanden ist, zugrundeliegt, dagegen ein eventuell darüber hinausgehender Schaden des Dritten außer Acht gelassen wird, vermeidet sie eine - nach allgemeiner Ansicht verbotene - Haftungskumulation.¹⁴⁰⁾ Die Ersatzpflicht des Schädigers hat sich allein nach der haftungsrechtlichen Lage zu richten, die vorliegen würde, wenn keine besonderen Umstände in der Rechtssphäre des tatbestandsmäßig Verletzten, also insbesondere keine "schadensverlagernden" Drittbeziehungen bestehen würden. Dem würde es grundsätzlich auch widersprechen, neben der Geltendmachung des in der Person des Verletzten entstehenden Anspruchs eine Drittschadensliquidation bezüglich weitergehender Schäden des Dritten zuzulassen.¹⁴¹⁾

liquidation verbunden sein müssen, nicht zieht; vgl. a.a.O. S. 148, 224.

136) Hagen S. 189 f.

137) Hagen S. 286.

138) Vgl. dazu Hagen S. 40 f. und auch schon oben in diesem Abschnitt, VI C. S. 240, insb. FN. 23.

139) Vgl. aber Hagen S. 41 f., der annimmt, daß aus § 281 BGB - in Entsprechung zu den Vorschriften, die eine cessio legis anordnen und dabei davon ausgehen, daß die Ersatzforderungen nicht berührt werden (vgl. dazu oben in diesem Abschnitt, V C 1b, S. 168 ff.) - ebenfalls das Bestehenbleiben der Schadenersatzansprüche zu folgern sei. Der einzige Unterschied zu den Legalzessionsbestimmungen bestehe darin, daß kein automatischer Forderungsübergang stattfinde, die Abtretung vielmehr in den Willen des Geschädigten gestellt sei.

140) Vgl. dazu Eike Schmidt S. 611; Hagen S. 192 und JuS 1970, 442, 443. Von den Autoren, die eine Drittschadensliquidation zulassen, kommt allein Selb, NJW 1964, 1765, 1768, der sie als Regreßfigur ansieht, zu diesem Ergebnis; anders aber z.B. ausdrücklich Larenz, Bd. I, S. 239, § 27, IV b 2.

141) Siehe dazu Hagen S. 191 ff.

d) Die Drittschadensliquidation bei der Verletzung
einer Obhutspflicht für eine gläubigerfremde Sache

Auszugehen ist von folgender Fallgestaltung: Derjenige, der die Sache eines Dritten im Besitz hat, tritt mit einem anderen in rechtsgeschäftliche Beziehungen; der Vertragspartner - er soll im weiteren Verlauf als Schuldner bezeichnet werden - beschädigt oder zerstört, indem er eine dem Schuldverhältnis entspringende Obhutspflicht verletzt, die gläubigerfremde Sache.¹⁴²⁾

aa) Die herrschende Ansicht

Die herrschende Meinung¹⁴³⁾ gestattet es dem Gläubiger auch in diesen Fällen, den Schaden des Dritten zu liquidieren; einerseits soll dem geschädigten Eigentümer die Beweislastregelung des Vertragsrechts zugute kommen, die als Folge des § 282 BGB, der nicht nur bei Unmöglichkeit, sondern auch bei positiver Forderungsverletzung¹⁴⁴⁾ und culpa in contrahendo¹⁴⁵⁾ zur Anwendung gelangt, gegenüber dem Deliktsrecht günstiger ist;¹⁴⁶⁾ andererseits soll dem Schuldner die Möglichkeit genommen werden, den Entlastungsbeweis nach § 831 BGB zu führen. Die dafür vorgebrachten Begründungen sind jedoch uneinheitlich.

142) Vgl. dazu etwa v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 264.

143) Vgl. etwa BGB-RGRK-Nastelski Anm. 62 vor §§ 249-255; Soergel-R.Schmidt Rdnr. 96 zu §§ 249-253; Palandt-Heinrichs Vorbem. 6 b bb vor § 249; Esser, Bd. 1, S. 296, § 43, II 4; Fikentscher S. 267, § 50, II 3; v. Tuhr, GrünhutsZ 25, 529, 554 ff.; v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 264 ff.; Berg, MDR 1969, 613; ders. NJW 1968, 1325, 1326; Söllner, JuS 1970, 159, 164; RGZ 93, 39, 41; RG Recht 1921 Nr. 829; RGZ 170, 246, 249 ff.; BGHZ 15, 224, 228 f.; BGH MDR 1958, 307, 308; BGH Betrieb 1959, 1083; BGHZ 40, 91, 101; BGH NJW 1969, 789, 790.
A.A. Staudinger-Werner Vorbem. 99 zu §§ 249-255; Eike Schmidt S. 613 f.; Hagen S. 198 ff.

144) So etwa Palandt-Heinrichs Anm. 2 zu § 282; Staudinger-Werner Rdnr. 12 zu § 282; das entspricht auch weitgehend der Rechtsprechung, die jedoch ein allgemeines Prinzip ablehnt und je nach Art der Vertragsbeziehungen und der Schadensquelle entscheidet, vgl. BGH NJW 1962, 31, 32, und dabei eine Beweislastverteilung nach Gefahrenkreisen vornimmt; siehe auch BGHZ 48, 310, 312; BGH VersR 1970, 179.

Das Reichsgericht stellte insbesondere zwei Gesichtspunkte in den Vordergrund: In seiner ersten hier einschlägigen Entscheidung, dem sog. Elbkahnfall¹⁴⁷⁾, ging es davon aus, daß man, um eine ungerechtfertigte Haftungs-freistellung des Schädigers zu vermeiden, eine Analogie zu den bei mittelbaren Stellvertretung geltenden Grundsätzen zu bilden habe. Diese sei deshalb zulässig, weil, auch wenn der Gläubiger für eigene Rechnung handle, dennoch eine Interessenverknüpfung vorliege. Dem haben sich die neuere Literatur¹⁴⁸⁾ und auch der Bundesgerichtshof¹⁴⁹⁾ teilweise angeschlossen; im Gegensatz zur reichsgerichtlichen Rechtsprechung¹⁵⁰⁾ haben sie jedoch an dem Erfordernis, daß die Interessenverknüpfung dem Schädiger erkennbar sein müsse, nicht festgehalten.¹⁵¹⁾

145) Vgl. etwa Erman-Battes Rdnr. 6 zu § 282, der darauf hinweist, daß die gleichen Grundsätze wie bei positiver Vertragsverletzung gelten müssen, oder BGH NJW 1962, 31 (Bananenschalenfall).

146) Vgl. dazu die Fallgestaltung in RGZ 93, 39 ff.

147) RGZ 93, 39, 41.

148) Vgl. z.B. BGB-RGRK-Nastelski Anm. 62 vor §§ 249-255; Enneccerus-Lehmann, S. 83, § 17, I; Lorenz S. 79 f.

149) So etwa BGH MDR 1958, 307, 308; BGHZ 40, 91, 101; vgl. aber z.B. v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 252, der auf die mangelnde Aussagekraft dieses Kriteriums hinweist.

150) Vgl. RGZ 93, 39, 41; 170, 246, 250.

151) Siehe z.B. Lorenz S. 80; v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 265 f.; ebenso auch schon Reinhardt S. 148; BGHZ 15, 224, 229; BGH NJW 1969, 789, 790. Im Rahmen der Vertragsauslegung wird jedoch immer wieder auf die Erkennbarkeit zurückgegriffen; vgl. etwa BGH MDR 1958, 307, 308; BGH Betrieb 1959, 1083: "Bei dieser Auslegung muß es von besonderer Bedeutung sein, daß der Schädiger die enge Verknüpfung des Berechtigten mit dem Drittinteresse erkannt und mit der Wahrnehmung durch seinen Vertragsgegner gerechnet hat".

Das gilt auch für die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs¹⁵²⁾, die sich dem zweiten Begründungsversuch des Reichsgerichts, wie er im Kühlhausfall¹⁵³⁾ unternommen wurde, angeschlossen haben. Man nahm dort an, daß die Berechtigung des Gläubigers, den Schaden des Dritten zu liquidieren, auf eine durch ergänzende Vertragsauslegung nach § 157 BGB zu ermittelnde rechtsgeschäftliche Vereinbarung zu stützen sei. Da es sich dabei jedoch in den meisten Fällen um reine Fiktionen handeln wird, ist diese Rechtfertigung für eine Drittschadensliquidation in den Obhutsfällen in der Literatur¹⁵⁴⁾ berechtigterweise auf heftige Kritik gestoßen.

v. Caemmerer¹⁵⁵⁾ hat einen dritten Weg eingeschlagen, um die Liquidation eines Drittschadens zu rechtfertigen, der durch die Verletzung einer Obhutspflicht verursacht wird, die für eine gläubigerfremde Sache besteht. Indem er vom objektiven Vertragszweck ausgeht,¹⁵⁶⁾ nimmt er an, daß die z.B. bei einem Lager-, Reparatur- oder Frachtvertrag "geschuldete Sorgfalt... nach dem durchschnittlichen Sinn solcher Verträge immer auch das Interesse eines dritten Eigentümers" decke. Es handele sich dabei um einen "Satz des objektiven Rechts, bei Verträgen also einen Satz des ergänzenden Rechts". Er stimme zwar mit dem mutmaßlichen Willen der Vertragspartner überein, bedürfe seiner jedoch nicht als Geltungsgrund.

Darüber hinaus wird bei fast allen Rechtfertigungsversuchen auf den Gedanken der Schadensverlagerung zurückgegriffen:¹⁵⁷⁾ Eine Entlastung des Schädigers allein deshalb,

152) Vgl. BGHZ 15, 224, 228 f.; BGH NJW 1969, 789, 790.

153) RGZ 170, 246 249 f.; anders noch im Elbkahnfall (vgl. oben FN. 147): dort wurde die Drittschadensliquidation als Institut des objektiven Schadensrechts aufgefaßt; vgl. Hagen S. 124.

154) Vgl. etwa Staudinger-Werner Rdnr. 98 zu §§ 249-255; v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 253 f.; siehe auch BGHZ 40, 91, 101 ff. und BGHZ 51, 91, 94 f.

155) v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 265 f.

156) So etwa auch Palandt-Heinrichs Vorbem. 6 b bb vor § 249.

weil der Gläubiger nicht Eigentümer und daher der Schaden an s t a t t bei ihm bei einem Dritten eingetreten sei, erscheine unbillig. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, müsse dem Gläubiger gestattet werden, den Schaden des Dritten zu liquidieren.

Allen bisher angesprochenen Begründungen für eine Durchbrechung der haftungsrechtlichen Systematik zugunsten eines drittwirkungsgeschädigten Eigentümers ist jedoch ein Mangel, der auch schon bei den beiden zuletzt behandelten Fallgruppen zu beobachten war, gemeinsam; bei keiner von ihnen wird die vorrangige Frage gestellt, ob nicht die Drittschadensliquidation deshalb im Laufe der Rechtsentwicklung überflüssig geworden ist, weil sich ein eigener Anspruch des Geschädigten feststellen läßt. Als Grundlage für eine Ersatzberechtigung des Dritten bietet sich dabei insbesondere der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte an; dessen Bedeutung für die Anwendbarkeit der Drittschadensliquidation in den Obhutsfällen wird im folgenden nachzugehen sein.

bb) Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte als Grundlage eines eigenen Schadensersatzanspruchs des geschädigten Eigentümers

Die Grundsituation beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, der heute überwiegend anerkannt ist¹⁵⁸⁾, ist da-

- 157) Grundlegend Tägert S. 42; vgl. auch Soergel-R.Schmidt Rdnr. 96 zu §§ 249-253; Palandt-Heinrichs Vorbem. 6 b bb vor § 249; Larenz, Bd. I, S. 328 f., § 27, IV b 2; Fikentscher S. 267 f., § 50, II 3 d, e; Medicus S. 360, § 33, IV 7 a aa; v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 266.
- 158) Vgl. etwa, ohne daß hier ein Unterschied nach der dogmatischen Rechtfertigung gemacht werden soll, Staudinger-Kaduk Vorbem. 75 ff. zu §§ 328-335; Erman-H. P. Westermann Rdnr. 10 ff. zu § 328; Palandt-Heinrichs Anm. 2 b zu § 328; Fikentscher S. 153 f., § 37, IV; Larenz, Bd. I, S. 166 ff., § 17, II; Esser, Bd. 1, S. 397 ff., § 54, I; Medicus S. 360 ff., § 33, IV 5, 7 b;

durch gekennzeichnet, daß ein Geschädigter, der nicht Vertragspartner ist, durch die Erstreckung von Schutzpflichten dergestalt in das Vertragsverhältnis, auf dem diese beruhen, miteinbezogen wird, daß ihm zumindest bei der Verletzung seines Körpers bzw. seiner Gesundheit ein eigener vertraglicher Schadensersatzanspruch zusteht.

Stellt man unter diesem Gesichtspunkt einen Vergleich des Vorgehens, wie es mit der Anerkennung der Drittschadensliquidation in den Obhutsfällen verbunden ist, mit demjenigen an, das beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte zu beobachten ist, so ergeben sich weitgehende Übereinstimmungen.¹⁵⁹⁾ Auch in den Fällen, in denen ein obhutspflichtiger Schuldner eine gläubigerfremde Sache beschädigt oder zerstört, sollen die mit Bezug auf diese bestehenden Schutzpflichten auf den ansonsten in der Regel nicht ersatzberechtigten Eigentümer erstreckt werden. So führt Esser¹⁶⁰⁾ aus, daß "die Zulassung der Drittschadensliquidation" zur Folge habe, "den Betroffenen in den Genuß der vertraglichen Rechte einer nicht geschädigten Obhutsperson¹⁶¹⁾ zu versetzen". Auch v. Caemmerer¹⁶²⁾ geht, wie bereits oben¹⁶³⁾ dargelegt, von einer Ausdehnung der dem Gläubiger gegenüber bestehenden Schutzpflichten auf den Dritten aus.

Wahl S. 192 ff.; Wesenberg S. 140 f.; v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, S. 59 ff.; Gernhuber S. 249 ff.; Zunft, AcP 153, 373, 386 ff.; Larenz, NJW 1960, 78 ff.; Gernhuber, JZ 1962, 553 ff.; Canaris, JZ 1965, 475, 477 ff. Vgl. aus der Rechtsprechung RGZ 91, 21, 24; 102, 231, 232; 127, 218, 222; BGHZ 33, 247, 249; 49, 350, 353; 51, 91, 96; 56, 269, 271; BGH VersR 1956, 500, 501; 1959, 645, 646 f. und 1009, 1010; BGH NJW 1964, 33, 34 f.; 1965, 1757 und 1955, 1956; 1970, 38, 40; BGH JZ 1970, 375.
Gegen den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte spricht sich Böhmer, z.B. MDR 1964, 968 ff. aus. Seine Ersetzung durch die Drittschadensliquidation befürworten Heiseke, NJW 1960, 77 f. und Soergel-R.Schmidt Rdnr. 17 zu § 328.

159) Darauf weisen auch Hagen S. 198, Eike Schmidt S. 613 und Selb, Studie, S. 45 f. hin.

160) Esser, Bd. 1 S. 296, § 43, II 4.

161) Unter dieser Bezeichnung versteht er den Vertragsgläubiger.

Um dieser Verwandtschaft der zu regelnden Fälle gerecht zu werden, erscheint es angebracht, auch in den Obhutsfällen die Ersatzberechtigung des Eigentümers auf einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte zu stützen.¹⁶⁴⁾ Die inso-
weit allein auf historischen Gründen beruhende Differen-
zierung des Drittschutzes ist aufzugeben;¹⁶⁵⁾ es hat, wie
Hagen¹⁶⁶⁾ formuliert, eine "Koordinierung der Rechtsfort-
bildung" und zwar hin zum Vertrag mit Schutzwirkung für
Dritte, zu erfolgen.

Dafür sprechen neben der oben aufgezeigten Ähnlichkeit
des jeweiligen Vorgehens weitere schwerwiegende Gründe: Be-
trachtet man etwa die Drittschadensliquidation bei den
übrigen Fallgestaltungen, bei der sie von der herrschen-
den Meinung anerkannt wird, unter dem Aspekt des Zwecks,
der mit ihrer Zulassung verfolgt wird, so stellt sich ihre
Heranziehung in den Obhutsfällen als systemwidrig dar.¹⁶⁷⁾
Denn sowohl bei mittelbarer Stellvertretung als auch bei
Treuhand und obligatorischer Entlastung geht es um den nach
der Systematik des Gesetzes versagten Ersatz mittelbaren
Schadens; in den Obhutsfällen ist dagegen allein entweder
die Umgehung des § 831 BGB¹⁶⁸⁾ oder aber die Nutzbarmachung
des § 282 BGB beabsichtigt. Auch das entspricht jedoch genau
den Erwägungen, die zur Anerkennung des Vertrages mit Schutz-
wirkung für Dritte geführt haben, so daß auch insoweit eine
enge Verwandtschaft besteht.

162) v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 265.

163) Vgl. in diesem Abschnitt, VI C d aa, S. 271.

164) So auch Eike Schmidt S. 613; vgl. auch Söllner, JuS
1970, 159, 164, der daneben aber eine Drittschadens-
liquidation weiterhin zuläßt.

165) Die Drittschadensliquidation wurde vor dem Vertrag mit
Schutzwirkung für Dritte anerkannt; vgl. dazu Hagen
S. 197.

166) Hagen S. 198.

167) Hagen S. 198.

168) Die Problematik wird sich deshalb, worauf auch Esser,
Bd. 1 S. 296, § 43, II 4 hinweist, entschärfen,
wenn auch im Deliktsrecht zu einer unbedingten Ge-
hilfenhaftung übergegangen wird; vgl. dazu Art. 1
Ziff. 8 des Referentenentwurfs. Wegen der im Vertrags- und
Deliktsrecht verschiedenen Regelungen der Verjährung und
der Beweislast wird sie jedoch nicht ganz wegfallen.

Darüber hinaus passen auch die meisten gängigen Formeln, die zur Kennzeichnung des Anwendungsbereichs des Schutzwirkung für Dritte entfaltenden Vertrags aufgestellt werden;¹⁶⁹⁾ die Sache des Dritten wird, da sie mit der Leistung des Schuldners wie eine solche des Gläubigers in Berührung kommt, in gleicher Weise wie diese gefährdet; der Gläubiger hat in der Regel das gleiche Interesse an ihrer Unversehrtheit, das er an der einer eigenen Sache hat.¹⁷⁰⁾ Im übrigen kann es hier noch dahinstehen, ob diese Kriterien, die sich in erster Linie auf Körperschäden beziehen, auch bei Sachschäden - insbesondere unter dem Gesichtspunkt, ob das Interesse des Gläubigers an der fremden Sache erkennbar war - als sachgerecht anzusehen sind.

Ein weiterer Grund dafür, die Ersatzberechtigung des Eigentümers auf einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte zu stützen, ist darin zu sehen, daß ihm auf diese Weise eine vorteilhaftere Stellung eingeräumt werden kann.¹⁷¹⁾ Einerseits hat er, ohne daß es dadurch gegenüber der Liquidation eines Drittschadens zu einer Mehrbelastung des Schädigers käme, einen eigenen Anspruch; andererseits ist er bei der Durchsetzung der Ersatzforderungen nicht auf den mehr oder minder guten Willen des Gläubigers angewiesen.

§ 701 BGB, der von der herrschenden Meinung¹⁷²⁾ als Muster-

169) Vgl. Hagen S. 198.

170) Siehe dazu hier nur Palandt-Heinrichs Anm. 2 b zu § 328.

171) Vgl. dazu schon Wahl S. 197.

172) So etwa Palandt-Heinrichs Vorbem. 6 b bb vor § 249; Esser, Bd. 1, S. 296, § 43, II 4; Fikentscher S. 267, § 50, II 3 d; Larenz, Bd. II, S. 287, § 59; Berg, MDR 1969, 613, 615 f.

beispiel für eine Drittschadensliquidation bei der Innehabung einer Obhutsposition angesehen wird, steht der Anwendung des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte nicht entgegen. Da davon auszugehen ist, daß diese Vorschrift seit ihrer Neufassung im Jahre 1966¹⁷³⁾ dem dritten Eigentümer einen eigenen Ersatzanspruch einräumt,¹⁷⁴⁾ hat man vielmehr anzunehmen, daß gerade für diesen speziellen Obhutsfall eine Drittschadensliquidation durch Gesetz abgelehnt wurde.¹⁷⁵⁾

Sowohl in der Literatur¹⁷⁶⁾ als auch in der Rechtsprechung¹⁷⁷⁾ ist immer wieder die Ansicht vertreten worden, die Drittschadensliquidation sei bei Sachschäden - womit u.a. die Obhutsfälle angesprochen sind - und Vermögenseinbußen, der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte dagegen nur bei Personenschäden anzuwenden. Diese Unterscheidung zwischen sachlichen und persönlichen Schutzpflichten, die im übrigen auch vom Bundesgerichtshof¹⁷⁸⁾ nicht mehr durchgehalten wird, ist jedoch willkürlich. Sie ist als Anknüpfungspunkt für differierende Rechtsfolgen ungeeignet. Es ist als Zufall anzusehen, ob gerade die Sache oder aber der Körper eines Dritten verletzt wird. Das verdeutlicht sich insbesondere

173) Gesetz vom 24.3.1966, BGBI I S. 181.

174) Vgl. Hagen S. 223 f. und im Anschluß daran Eike Schmidt S. 613.

175) Die Entscheidung, ob damit ein Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte anerkannt ist, so Eike Schmidt S. 613, oder ob sich die Anspruchsberechtigung des Dritten auf der Grundlage des § 991 Abs. 2 BGB ergibt, so Hagen S. 224, kann hier noch dahinstehen.

176) Vgl. etwa Gernhuber, JZ 1962, 553, 556, der sich insbesondere auf BGHZ 15, 224 ff. bezieht.

177) Siehe dazu die Nachweise bei W.D. Lange S. 62 ff. In neuerer Zeit gehen BGH NJW 1968, 1929, 1931 und 1969, 269, 272 wieder in diese Richtung.

178) Vgl. BGH JZ 1968, 304 und BGHZ 49, 350, 353 ff., in denen es jeweils um den Schutzbereich von Mitverträgen ging. In sonstigen Obhutsfällen wird die Drittschadensliquidation weiterhin herangezogen; vgl. BGH NJW 1969, 789, 790.

dann, wenn eine schädigende Handlung sowohl zu Körper- als auch zu Sachschäden eines Dritten führt; die dann notwendig anzunehmende geteilte Ersatzberechtigung ergibt keinen Sinn.¹⁷⁹⁾

Aus der besonderen Struktur der Obhutsfälle - es geht bei ihnen gerade nicht um den Ersatz mittelbarer Schäden - ergeben sich bei der Heranziehung der Drittschadensliquidation weitere Schwierigkeiten.¹⁸⁰⁾ Es besteht nämlich dann, wenn sich ein auf Schadensersatz in Anspruch genommener Geschäftsherr nicht exkulpieren kann oder wenn ein sonstiger Schädiger nachweisbar schuldhaft gehandelt hat, die Möglichkeit, daß einerseits der Eigentümer deliktische und andererseits der Gläubiger vertragliche Ansprüche erhebt. Die Komplikationen, die dadurch entstehen, daß man eine doppelte Inanspruchnahme zu vermeiden hat¹⁸¹⁾, können bei der Annahme einer Drittersatzberechtigung auf der Grundlage eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte nicht auftreten. Vielmehr sind bei dieser Drittschutzform beide auf den Ersatz desselben Schadens gerichtete Ansprüche von vornherein in der Person des Geschädigten vereinigt.

179) Auch Medicus S. 359, § 33, IV 6a lehnt die Unterscheidung zwischen Sach- und Körperschäden als Kriterium für die Abgrenzung der jeweiligen Anwendungsbereiche der Drittschadensliquidation und des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte ab, greift jedoch auf das Merkmal der Schadensverlagerung zurück, vgl. a.a.O. 6 b.

180) Zwar sieht diese auch v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 266; er zieht daraus jedoch nicht den Schluß auf eine eigene Ersatzberechtigung des Dritten.

181) v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 266 f. erreicht dies dadurch, daß er einerseits - nämlich für den Fall, daß der Schuldner das Dritteigentum nicht kennt - den Rechtsgedanken des § 851 BGB analog anwendet und andererseits - sollte der Gläubiger z.B. als Vorbehaltskäufer ein eigenes Interesse an der Sache haben - entsprechend § 432 BGB eine gemeinschaftliche Empfangszuständigkeit des Gläubigers und des Dritten annimmt.

Zuweilen wird behauptet, daß die Drittschadensliquidation und der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, zumindest soweit Obhutspflichten verletzt sind, weitgehend vertauschbar seien¹⁸²⁾ bzw. nebeneinander zur Anwendung gelangen könnten¹⁸³⁾. Auch dies muß jedoch abgelehnt werden. Abgesehen von den oben angesprochenen Schwierigkeiten, die sich aus dem Nebeneinander zweier jeweils auf den Ersatz des gesamten Schadens gerichteter Anspruchsberechtigungen ergeben, die von verschiedenen Gläubigern geltend gemacht werden können¹⁸⁴⁾, hat man insbesondere folgendes zu beachten: Sowohl die Drittschadensliquidation als auch der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte beruhen auf einer Rechtsfortbildung. Die letztere Drittschutzform - die ihr zugrundeliegende Drittbeteiligung an einem fremden Schuldverhältnis ist im übrigen, auch soweit es einen Drittschadensausgleich betrifft¹⁸⁵⁾, im Gesetz vorgezeichnet - ist, soweit ihre Anwendung zu sachgerechten Ergebnissen führt, der Drittschadensliquidation vorzuziehen. Die auf einem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte beruhende Ersatzberechtigung stellt sich, da sie auf den Ersatz des eigenen Schadens des Anspruchstellers gerichtet ist und somit im Einklang mit dem Dogma vom Gläubigerinteresse steht, als geeignetere Ersatzform dar.

Die Beantwortung der Frage, welche Sachschäden auf der Grundlage eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte ersetzt werden können, soll späteren Erörterungen vorbehalten

182) So Medicus S. 358 f., § 33, IV 5, der dabei die vorgenannte Einschränkung nicht macht und etwa auch bei obligatorischer Entlastung einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte (dies wäre bei § 447 BGB der Transportvertrag) erwägt.

183) So Söllner, JuS 1970, 159, 164 und im Anschluß an ihn Palandt-Heinrichs Anm. 2 b zu § 328 BGB.

184) Söllner, JuS 1970, 159, 164 bietet insoweit keine Lösungsmöglichkeiten an.

185) Vgl. dazu die Ausführungen zum echten Vertrag zugunsten Dritter oben in diesem Abschnitt, II E 2, S. 102 ff. Mit dieser Aussage ist die Entscheidung über den eigentlichen Geltungsgrund für die Erstreckung von Schutzpflichten auf Dritte nicht verbunden.

bleiben. Auf folgendes ist jedoch hinzuweisen: Da der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte alle Fälle zu erfassen vermag, in denen der Ausgleich eines durch die Verletzung einer sachbezogenen Schutzpflicht entstandenen Schadens erforderlich erscheint, kann auch insoweit, als er keinen Anspruch des dritten Eigentümers begründet, eine Drittschadensliquidation nicht zur Anwendung gelangen.

Da es hier allein um die Erkenntnis ging, daß die Drittschadensliquidation in den Obhutsfällen nicht anwendbar ist, erübrigt sich an dieser Stelle auch ein näheres Eingehen auf die von Hagen¹⁸⁶⁾ vertretene Ansicht; er geht davon aus, daß dem drittgeschädigten Eigentümer immer dann, wenn der Schädiger unter Verletzung einer dem Gläubiger gegenüber bestehenden Erhaltungspflicht die Sache beschädige oder zerstöre, nach dem Rechtsgedanken des § 991 Abs. 2 BGB ein eigener Anspruch zustehe, der auch die Drittberechtigung auf Grund einer Schutzwirkung entfaltenden Vertrages überflüssig mache. Zu beachten ist hier allein, daß die Vorschrift des § 991 Abs. 2 BGB entgegen der Auffassung der herrschenden Meinung¹⁸⁷⁾ keinen Sonderfall einer Drittschadensliquidation regelt. Wie Hagen¹⁸⁸⁾ zutreffend nachgewiesen hat, entsprechen schon die Tatbestandsvoraussetzungen des § 991 Abs. 2 BGB nicht der Ausgangslage, die für eine Drittschadensliquidation gemeinhin als kennzeichnend angesehen wird; der Eigentümer kann nach § 991 Abs. 2 BGB unter Umständen gleichzeitig gegen Ober- und Unterbesitzer vorgehen. Darüber hinaus sind auch die Rechtsfolgen verschieden; § 991 Abs. 2 BGB räumt dem Eigentümer einen eigenen Anspruch ein.

Auf die Gedanken Hagens wird im Rahmen der Darstellung des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte ebenso zurückzukommen sein wie

186) Hagen S. 199 ff., insb. S. 220 ff.; er gelangt zu einem "Prinzip der Drittwirkung kraft dinglicher Mitzuständigkeit".

187) Vgl. etwa Erman-Hefermehl Rdnr. 3 zu § 991, er spricht von einem "Spiegelbild der Drittschadensliquidation", oder Palandt-Degenhart Anm. 2 zu § 991, der auf eine "ähnliche Lage wie bei der Drittschadensliquidation" hinweist.

auf die insoweit nachrangige Frage, ob nicht zumindest, sollte der eigene Anspruch des drittgeschädigten Eigentümers auf der Grundlage des § 991 Abs. 2 BGB abzulehnen sein, der in dieser Vorschrift möglicherweise enthaltene allgemeine Rechtsgedanke dazu heranzuziehen ist, den Personenkreis einzugrenzen, der bei Obhutspflichtverletzungen aus einem Verträge mit Schutzwirkung für Dritte anspruchsberechtigt ist

e) Weitere Fallgestaltungen, für die eine Drittschadensliquidation erwogen wird

In der Literatur sind bis auf den heutigen Tag immer wieder Versuche unternommen worden, den Anwendungsbereich der Drittschadensliquidation über die oben dargestellten vier Fallgruppen hinaus zu erweitern.¹⁸⁹⁾ Daß dies weder bezüglich der Schäden eines Arbeitgebers, die dieser durch die Fortzahlung von Bezügen an einen verletzten Arbeitnehmer erleidet,¹⁹⁰⁾ noch bezüglich der Vermögenseinbußen, die bei einem Gewerbebetrieb infolge einer Unterbrechung einer Versorgungsleitung entstehen,¹⁹¹⁾ zulässig ist, wurde oben¹⁹²⁾ schon ausgeführt. Entweder standen - so insbesondere beim Arbeitgeberschaden, aber auch teilweise in den Stromkabelfällen - geeignetere Drittschutzformen zur Verfügung, oder aber es handelte sich - wie bei einer Unterbrechung etwa der Stromzufuhr - um solche Schäden, die, da sie typisch durch den Eingriff in fremde Forderungsrechte verursacht waren, gerade durch die haftungsrechtliche Systematik von einem Ersatz ausgenommen waren.

188) Hagen S. 211 f.

189) Zu seiner größten Ausdehnung führt dabei die von Reinhardt vertretene Ansicht; er hält sogar im "Tenorfall" - ein Theaterunternehmer erleidet infolge der Verletzung eines Sängers einen Vermögensschaden - die Liquidation des Drittschadens für zulässig; vgl. a.a.O. S. 98. Siehe auch Esser, Bd. 1, S. 296, § 43, II 5, der die Drittschadensliquidation überall dort anwenden will, wo es darum geht, die Diskrepanz zwischen formaler Rechtsstellung und wahrer (wirtschaftlicher) Interessenlage auszugleichen".

190) So aber Larenz, Bd. I, S. 367 f., § 30, II d; Esser, Bd. 1, S. 296 f., § 43, II 5a; Kollhosser, AcP 166, 277, 306 f.

Aber auch für andere Fallgestaltungen ist eine Drittschadensliquidation abzulehnen. Von Bedeutung ist das insbesondere für Schäden im Rahmen von Veräußerungsketten¹⁹³⁾ und für den damit in engem Zusammenhang stehenden Bereich der Produzentenhaftung¹⁹⁴⁾. Soweit ein Drittschadensersatz als angebracht anzusehen ist, stehen geeignetere Lösungsmöglichkeiten als die Drittschadensliquidation zur Verfügung.

aa) Drittschadensliquidation und Produzentenhaftung

Das gilt insbesondere für die Produzentenhaftung. Soweit ein Endabnehmer dadurch, daß eine Ware mangelhaft ist, einen Folgeschaden erleidet, ist es nicht angängig, nur um ihn in weitem Umfange zu schützen, die "Unterscheidung zwischen begünstigender Vertragshaftung und begrenzter Deliktshaftung"¹⁹⁵⁾ gänzlich aufzugeben. Wie schon v. Caemmerer¹⁹⁶⁾ zutreffend ausgeführt hat, ist die Frage nach der Produzentenhaftung vielmehr in erster Linie eine solche nach den deliktischen Sorgfaltspflichten. Die Anforderungen, die an die Sicherheit eines Produktionsvorgangs zu stellen sind, gilt es näher zu konkretisieren.

Diese Weiterentwicklung des Rechts der unerlaubten Handlungen bezieht ihre Wirksamkeit daraus, daß eine umfassende Verlagerung der Beweislast auf den Hersteller stattfindet.¹⁹⁷⁾ Wenn der Geschädigte nachweist, daß der Schaden im Organisations- und Gefahrenbereich des Produzenten dergestalt seinen Ursprung hat, daß dort der mangelhafte oder verkehrswidrige Zustand der Ware herbeigeführt wurde, so hat sich der Hersteller zu entlasten: Er hat den Beweis zu erbringen, daß

191) Vgl. aber Tegethoff, BB 1964, 19, 21.

192) Siehe in diesem Abschnitt, V D 1a, S. 196 ff. (Arbeitgeberschaden) und III D 2c, S. ff. (Stromkabelfälle).

193) Bejaht wird sie dort aber z.B. von Reinhardt S. 103, §16 FN. 113.

194) Für eine Drittschadensliquidation bei der Produzentenhaftung spricht sich aber insbesondere Gernhuber, Karlsruher Forum 1963, 1, 3 f. aus.

195) BGHZ 51, 91, 93.

196) v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 248; vgl. auch Esser,

weder ihn noch einen verfassungsmäßigen Vertreter oder ein Organ ein Verschulden trifft und daß kein Organisationsmangel vorlag. Darüber hinaus hat er nachzuweisen, daß keine Störungen des Produktionsablaufs durch individuelle Fehlleistungen seiner Bediensteten vorkamen. Endlich hat er den Entlastungsbeweis des § 831 BGB dahingehend zu führen, daß sowohl bei der Auswahl als auch bei der Überwachung jedes Bediensteten, der an der Herstellung des für den Schaden ursächlichen Gegenstandes beteiligt war und der von ihm zu benennen ist, die verkehrtsübliche Sorgfalt beobachtet wurde. Allein auf dieser Grundlage vermag man im Bereich der Produzentenhaftung sachgerechte Ergebnisse zu erzielen.¹⁹⁸⁾

bb) Die Drittschadensliquidation bei Veräußerungsketten

Aber auch bei sonstigen Schadensfällen im Rahmen von Veräußerungsketten kann die Drittschadensliquidation nicht als zulässige Drittschutzform angesehen werden. Die an sich

Bd. 2, S. 420, § 108, II 3 b.

197) Vgl. dazu grundlegend BGHZ 51, 91, 103 ff. und insbesondere BGH NJW 1973, 1602, 1609.

198) Diese deliktsrechtliche Lösung der Produzentenhaftpflichtfälle ist herrschende Ansicht; vgl. etwa Palandt-Heinrichs Anm. 16 D zu § 823; Soergel-Zeuner Rdnr. 99 zu § 823; Erman-Sirp Rdnr. 94 zu § 249; Larenz, Bd. II, S. 67 ff., § 41, IV; Esser, Bd. 1, S. 297, § 43, II 5 b i.V.m. Bd. 2, S. 418 ff., § 108, II 3 b, der jedoch auch den Weg über die Annahme eines nichtvertraglichen Schuldverhältnisses für zulässig erachtet; Fikentscher S. 636, § 103, IV 1 c. Auch die Rechtsprechung hat die Produzentenhaftung von jeher allein auf das Deliktsrecht gestützt; vgl. etwa RGZ 87, 1, 2; 163, 21, 26; RG DR 1940, 1293; BGH VersR 1952, 357; 1954, 100; 1956, 410; 1956, 625, 626; 1957, 584; 1959, 104 f.; 1960, 855; 1960, 1095; BGH NJW 1968, 247, 248; BGHZ 51, 91, 102; BGH BB 1972, 13; BGH NJW 1973, 1602, 1603; OLG Hamm MDR 1971, 488; LG Lüneburg NJW 1969, 1574, 1575.

sachgerechte Entscheidung des Gesetzgebers, die Vertragshaftung auf den Schaden eines Vertragspartners zu beschränken, darf nicht ohne wichtigen Grund, wie er etwa bei der mittelbaren Stellvertretung besteht, wo der Vertretene bei der insoweit notwendigen wirtschaftlichen Betrachtungsweise als der eigentlich an dem Vortrag Interessierte erscheint, übergangen werden.¹⁹⁹⁾ Ein solcher läßt sich hier jedoch nicht feststellen. Ein Bedürfnis nach einer Drittschadensliquidation kann in den in diesem Zusammenhang insbesondere erörterten Fällen, in denen eine mit einem Rechts- oder Sachmangel behaftete Sache weiterverschenkt oder unter Freizeichnung von der Gewährleistung an einen Dritten veräußert wird, nicht anerkannt werden.

Wie schon v. Caemmerer²⁰⁰⁾ dargelegt hat, besteht hier zum einen für den Ersterwerber die Möglichkeit, gegen den Verkäufer Gewährleistungsrechte geltend zu machen, wobei insbesondere einer Minderung Bedeutung zukommt, so daß eine unter Umständen ungerechtfertigte gänzliche Haftungsfreistellung des Schädigers vermieden wird. Zum anderen steht einer Durchbrechung der haftungsrechtlichen Systematik die Tatsache entgegen, daß zumindest ein Schenkungsempfänger für die Sache keine Gegenleistung erbracht hat, die zu einer Minderung seines ursprünglichen Vermögens geführt haben würde.

Im übrigen besteht auch die Möglichkeit, in gewissem Umfange einen Drittschutz mit gesetzlichen Mitteln zu verwirklichen. Einerseits kann man dem ersten Käufer in den Fällen, in denen ihm gegenüber dem Verkäufer eine Schadensersatzberechtigung zusteht, die Befugnis zubilligen, den gemeinen Wert der Kaufsache trotz Weiterverschenkens oder -verkaufs als Mindestschaden zu liquidieren.²⁰¹⁾

199) Das Ergebnis wäre eine unerträgliche Schadenshäufung, vgl. etwa BGHZ 40, 91, 106 f.

200) v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 270 f.; siehe auch Esser, Bd. 1, S. 295 f., § 43, II 3b.

201) So auch v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 270 f. und Esser, Bd. 1, S. 296, § 43, II 3b.

Die zu ihrer Anerkennung führenden Erwägungen sind denen ähnlich, die zur Bejahung eines eigenen Schadensersatzanspruchs des obligatorisch Entlasteten geführt haben;²⁰²⁾ der schädigende Verkäufer darf sich darauf, daß der Käufer rein rechnerisch keinen Schaden erleidet, nicht berufen; die Verwendung der Sache bleibt unberücksichtigt. Zwar wird dadurch ebenso wie durch die Geltendmachung von Wandelung und Minderung eine Begünstigung des Schädigers vermieden. Eine grundsätzliche Verbesserung der Rechtsstellung des Dritten ist mit diesem Ersatzanspruch jedoch nicht verbunden; denn ob der erste Käufer die Ersatzleistungen an ihn weiterleitet, muß sowohl bei der Schenkung als auch beim Weiterverkauf unter Ausschluß der Gewährleistung allein seiner Entscheidung vorbehalten bleiben.

Ersatz seines vollen Schadens kann der Dritte nur dann erlangen, wenn man sich bei einem Verkauf unter Ausschluß der Gewährleistung dazu entschließt, der Haftungsbeschränkung für den Fall, daß sie nach dem Willen beider Vertragspartner nur dem zweiten Verkäufer zugute kommen soll, entsprechend den oben²⁰³⁾ dargestellten Grundsätzen nur relative Wirkung beizumessen. Wenn der zweite Verkäufer den beim Dritten entstandenen Schaden ohne Freizeichnung zu vertreten hätte, ist er dem ersten Verkäufer gegenüber als geschädigt anzusehen. Obwohl er selbst keine Schadensersatzleistungen zu erbringen hat, erscheint er in bezug auf diesen als mit Schadensersatzansprüchen belastet. Steht ihm, etwa nach § 440 i.V.m. § 325 BGB, ein Schadensersatzanspruch zu, der auf Ersatz dieses koinzidierenden Haftungsinteresses gerichtet ist, so ist er verpflichtet, ihn an den Dritten abzutreten. Dieser kann ihn wiederum gegen den Schädiger geltend machen.^{203a)}

202) Vgl. in diesem Abschnitt, VI C 1 c cc, S. 26⁴ ff.

203) Vgl. in diesem Abschnitt, III D2, S. 133 ff.

203a) Für einen ähnlich gelagerten Fall erwägt v. Hoyningen-Huene NJW 1975, 962, 964 eine weitere Lösungsmöglichkeit: Hat sich ein Versteigerer zulässigerweise (vgl. BGH NJW 1975, 970 ff.) von jeder Haftung freigezeichnet, so soll dem Ersteigerer gegen einen Sachverständigen, der ihn durch eine unrichtig erstellte Expertise geschädigt hat, ein Schadensersatzanspruch zustehen, obwohl keine aus-

2. Zusammenfassung

Faßt man die obigen Ausführungen zusammen, so ist festzuhalten, daß allein noch bei mittelbarer Stellvertretung das Bedürfnis nach einer Drittschadensliquidation besteht; sie ist dort als Gewohnheitsrecht anerkannt. Für die weiteren Fallgestaltungen, für die sie erwogen wird, stehen teilweise geeignetere Drittschutzformen zur Verfügung; wo sich auch solche nicht feststellen lassen, erweist sich die Liquidation des Drittschadens durch den Anspruchsberechtigten als Verstoß gegen die haftungsrechtliche Systematik.

D) Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte

Ausgehend davon, daß der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte grundsätzlich anerkannt ist²⁰⁴⁾, ist im folgenden den einzelnen auf ihm beruhenden Ersatzberechtigungen nachzugehen. Am Anfang der Erörterungen hat dabei die Frage nach dem Geltungsgrund für die Ausdehnung von Schutzpflichten auf einen Dritten zu stehen. Von ihm ist es - wie sich zeigen wird - abhängig, ob der Dritte auch bei nichtigen Verträgen, bei außervertraglichen Schuldverhältnissen oder im vorvertraglichen Stadium vertragliche Schadensersatzansprüche geltend machen kann. Im Anschluß daran hat die Bestimmung des ersatzberechtigten Personenkreises zu erfolgen; insoweit wird danach zu differenzieren sein, ob der Dritte Ausgleich für einen Schaden zu erlangen sucht, der durch eine Körper- bzw. Gesundheitsverletzung, die Beschädigung oder Zerstörung einer Sache oder durch einen Eingriff in ein sonstiges, deliktisch nicht geschütztes Vermögensgut verursacht wurde.

drücklichen vertraglichen Beziehungen angeknüpft worden sind. Ihre Grundlage soll diese Ersatzberechtigung in einem "drittbegünstigenden Auskunftsvertrag" finden. Diese Anspruchsmöglichkeit greift, wie auch v. Hoyningen-Huene (a.a.O. S. 964) ausführt, in den Bereich des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte über.

204) Siehe dazu die Nachweise oben in FN. 158.

1. Der Geltungsgrund für die Erstreckung vertraglicher Schutzpflichten auf Dritte

Die Rechtsprechung²⁰⁵⁾ ging bei der Anerkennung eines vertraglichen Drittschutzes von § 328 BGB aus. Sie erkannte dem Dritten zwar keinen auf die Hauptleistung gerichteten Erfüllungsanspruch zu; sie nahm jedoch an, daß der Vertrag zwischen dem Schädiger und dem Gläubiger stillschweigend dahingehend abgeschlossen werde, daß allen schutzwürdigen Dritten vertragliche Schutzansprüche zugewendet würden. Sie gelangte damit im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nach § 157 BGB dazu, daß etwa der körperlich verletzte Angehörige eines Mieters auf der Grundlage eines "Mietvertrages zugunsten Dritter" den Vermieter in Anspruch nehmen konnte.²⁰⁶⁾

Dieser Begründungsversuch ist in der Literatur insbesondere in zweifacher Hinsicht auf Widerspruch gestoßen: Zum einen wurde ausgeführt, daß schon der Ausgangspunkt des § 328 BGB nicht zutreffe; diese Bestimmung stelle allein darauf ab, daß in der Person eines bestimmten Dritten ein Anspruch auf die Hauptleistung begründet werde.²⁰⁷⁾ Diesem Einwand

205) Vgl. z.B. RGZ 87, 64, 65; 91, 21, 24; 102, 231, 232; 127, 218, 222; 160, 153, 155; 164, 397, 399; BGHZ 2, 94, 97; BGH NJW 1954, 874; BGH VersR 1955, 740, 742; BGH NJW 1956, 1193, 1194; OLG Düsseldorf 1965, 539, 541.

206) So heute noch Fikentscher S. 153, § 37, IV 2, der etwa von einem "Werkvertrag zugunsten Dritter" spricht; vgl. auch Zunft, AcP 153, 373, 386 ff. und ders., MDR 1960, 543, 544; sein Hinweis auf BGH NJW 1959, 1676, 1677 geht jedoch fehl; der Bundesgerichtshof betont a.a.O. S. 1676 ausdrücklich, daß es sich bei der von ihm angenommenen Erstreckung der Schutzwirkung auf Dritte nicht um die Folge eines eigentlichen Vertrages zugunsten Dritter handle.

hat sich der Bundesgerichtshof²⁰⁸⁾ nicht verschlossen; er hat ihm vielmehr dadurch Rechnung getragen, daß er die von Larenz²⁰⁹⁾ vertretene, jedoch von diesem inzwischen wieder aufgegebene²¹⁰⁾ Ansicht übernommen hat und nunmehr allein prüft, ob dem zwischen Gläubiger und Schuldner geschlossenen Vertrag Schutzwirkung für Dritte zukommt. Zu diesem Zweck greift er wiederum auf die ergänzende Vertragsauslegung nach § 157 BGB zurück. Dem Dritten könne nur dann ein vertraglicher Schadensersatzanspruch zustehen, wenn das Treu und Glauben und der Verkehrssitte entspreche.²¹¹⁾

Zum anderen - insoweit schuf auch die neuere Rechtsprechung keine Abhilfe - wurde und wird im Schrifttum²¹²⁾ berechtigter-

207) So insbesondere Wesenberg S. 141 und Larenz, NJW 1956, 1193 sowie NJW 1960, 78, 79. Vgl. auch Gernhuber S. 262 f.; Lorenz, JZ 1960, 108, 109 f.; Esser, Bd. 1, S. 398, § 54, I 1 und Larenz, Bd. I, S. 167, § 17, II, der von einem im Gesetz nicht geregelten schwächeren Typ des Vertrages zugunsten Dritter spricht und in der Heranziehung des § 328 BGB den "typischen Fall eines konstruktiven Mißbrauchs eines Rechtsinstituts" (Larenz, Bd. I, 9. Aufl., S. 127, § 11, III) sieht.

208) Vgl. grundlegend BGH NJW 1959, 1676 und BGHZ 49, 350, 353 f.

209) Larenz, NJW 1956, 1193; ders., NJW 1960, 78, 79; vgl. auch noch die 9. Auflage des ersten Bandes seines Schuldrecht Lehrbuchs S. 127, § 11, III.

210) Larenz, Bd. I, S. 168, § 17, II, der sich jetzt der Ansicht Gernhubers S. 263 anschließt und den Drittschutz letztendlich auf § 242 BGB gründet; so auch Esser, Bd. 1, S. 399, § 54, I 2.

211) So etwa BGH VersR 1960, 153, 156; BGH JZ 1965, 672; BGH JZ 1966, 141, 142; BGHZ 49, 278, 279; 51, 91, 96; 56, 269, 273.

212) Vgl. z.B. Staudinger-Kaduk Vorbem. 76a zu §§ 328-335; Erman-H.P. Westermann RdNr. 11 zu § 328; Esser, Bd. 1, S. 398 f., § 54, I 2; Larenz, Bd. I, S. 168, § 17, II; Blomeyer S. 259, § 42, IV 3; Wesenberg S. 141, der deshalb den Anspruch des Dritten auf ein faktisches Vertragsverhältnis stützen will; Gernhuber S. 267 ff.; ders., JZ 1962, 553, 555.

weise kritisiert, daß das Abstellen auf den Parteiwillen im Rahmen ergänzender Vertragsauslegung regelmäßig eine bloße Fiktion darstelle. Haben die Parteien bezüglich des Drittschädigten keine Regelung getroffen, so ist der Vertrag, gemessen an ihrem Willen, nicht unvollständig; es liegt keine ausfüllbare Vertragslücke vor. Es fehlt allein an gesetzlichen Regelungen, auf deren Grundlage ein sachgerechter Drittschutz verwirklicht werden könnte.²¹³⁾ Die Entscheidung, wann ein Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte vorliegt, kann somit nicht vom Willen der Parteien abhängen; sie ist vielmehr allein durch richterliche Rechtsfortbildung zu treffen.²¹⁴⁾

Darüber hinaus wird darauf hingewiesen, daß mit der auf ergänzender Vertragsauslegung beruhenden Begründung einer vertraglichen Drittersatzberechtigung weder Drittschädigungen bei außer-²¹⁵⁾ oder vorvertraglichen²¹⁶⁾ Schuldverhältnissen noch solche bei nichtigen²¹⁷⁾ oder rückwirkend aufgehobenen²¹⁸⁾ Verträgen erfaßt werden könnten. Daß aber auch insoweit ein über das Deliktsrecht hinausgehender Drittschutz erforderlich sein kann, vermag nicht geleugnet zu werden. Es wäre willkürlich, würde man den geschädigten Familienangehörigen eines Mieters bei Unwirksamkeit des Mietvertrages auf die Ansprüche aus unerlaubter Handlung verweisen, obwohl den Vertragsparteien auch bei einer solchen Rechtslage vertragliche Schadensersatzansprüche zustehen.²¹⁹⁾

213) So insbesondere Gernhuber S. 265; Larenz, Bd. I, S. 168, § 17, II; Esser, Bd. 1, S. 398, § 54, I 2.

214) Vgl. Erman-H.P.Westermann Rdnr. 11 zu § 328; Larenz, Bd. I, S. 169, § 17, II; Esser, Bd. 1, S. 398 f., § 54, II 2

215) Vgl. dazu Gernhuber S. 266 f.

216) Das macht insbesondere Canaris, JZ 1965, 475, 478 deutlich; vgl. auch Larenz, Bd. I, S. 170, § 17, III.

217) Vgl. dazu die Darlegungen bei Canaris, JZ 1965, 475, 477.

218) Bei einem Rücktritt wandelt sich dagegen das Schuldverhältnis ex nunc in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis, vgl. etwa Palandt-Heirichs Einf. 1 b vor § 346, so daß insoweit das hier angesprochene Problem nicht erheblich werden kann.

219) So auch Canaris, JZ 1965, 475, 477.

Will man also Ziel, das mit der grundsätzlichen Anerkennung des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte angestrebt wird, mithin die ersatzrechtliche Gleichstellung des schutzwürdigen Dritten mit einem Vertragspartner, in vollem Umfange verwirklichen, so hat man folgendes zu beachten. Man darf die Möglichkeit einer vertraglichen Drittersatzberechtigung weder auf die Phase der reinen Leistungserbringung beschränken²²⁰⁾, noch darf man bezüglich ihres Bestehens einen Unterschied danach machen, ob der intendierte Vertrag gültig ist²²¹⁾, ob überhaupt ein vertragliches und nicht nur ein gesetzliches Schuldverhältnis vorliegt²²²⁾ oder ob sich die Parteien noch im vorvertraglichen Stadium befinden, das nach herrschender Ansicht²²³⁾ gleichfalls ein Schuldverhältnis gesetzlicher Natur darstellt.²²⁴⁾ Vielmehr muß immer dann, wenn dem Gläubiger vertragliche Schadensersatzansprüche zustehen würden, auch dem schutzwürdigen Dritten eine Ersatzberechtigung auf vertraglicher Grundlage eröffnet werden.

Die Entscheidung der Frage, ob der Anspruch des Dritten auf einem einheitlichen Schutzpflichtverhältnis, das durch die Inanspruchnahme von Vertrauen zustande kommt, das als gesetzliches Schuldverhältnis vom Beginn der schuldrecht-

220) So aber Gernhuber S. 268.

221) So jetzt auch BGH JZ 1968, 304; der Bundesgerichtshof stellt dabei auf die wirtschaftlichen Gegebenheiten ab und gibt damit zumindest konkludent die Begründung aus § 157 BGB auf.

222) Da auch bei der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der Erfüllung einer Schadensersatzpflicht, ebenso wie bei nichtigen Verträgen (vgl. Larenz, Bd. I, S. 99, § 9, II), ein gesetzliches Schuldverhältnis vorliegt, muß der Bundesgerichtshof konsequenterweise auch hier die Möglichkeit eines Drittschutzes auf der Grundlage eines eigenen Anspruchs anerkennen.

223) Vgl. etwa Soergel-R.Schmidt Rdnr. 4 vor § 275; Erman-Sirp Einl. 18 zu § 241; Palandt-Heinrichs Anm. zu § 242; Larenz, Bd. I, S. 90, § 9, I; BGHZ 6, 330, 333.

224) Weitergehend noch Thiele, JZ 1967, 649, 652 ff., der das Prinzip des einheitlichen Schutzverhältnisses nicht auf geschäftlich intendierte Verbindungen be-

lichen Beziehungen bis zu deren Beendigung eventuell auch neben einem gültigen Vertrag besteht und das seine positiv-rechtliche Grundlage in § 242 BGB findet,²²⁵⁾ ^d ober bis zu einem Vertragsschluß auf einem gesetzlichen und im Anschluß daran auf einem rechtsgeschäftlichen Schutzverhältnis²²⁶⁾ beruht, kann hier dahinstehen. Es kam in diesem Zusammenhang allein darauf an, aufzuzeigen, welche Anforderungen an ein Schuldverhältnis zu stellen sind, in dessen Folge ein Dritter berechtigt sein kann, vertragliche Schadensersatzansprüche zu erheben.

2. Der ersatzberechtigte Personenkreis

Eine sachgerechte Bestimmung des ersatzberechtigten Personenkreises kann nur dadurch erreicht werden, daß man die Interessen des Schädigers und des geschädigten Dritten gegeneinander abwägt. Grundsätzlich ist dabei einerseits zu berücksichtigen, daß die Anerkennung einer Ersatzberechtigung, die auf einem "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" - auch wenn man diesen als ein zwischen dem Schuldner und dem Geschädigten bestehendes gesetzliches Schutzverhältnis ansieht - beruht, für den Schädiger zu einer Risikoerhöhung führt.

schränkt, sondern auch bei sonstigen sozialen Kontakten, die es mit sich bringen, daß eine Gefahrerhöhung eintritt, anwendet.

- 225) So Canaris, JZ 1965, 475, 478 ff.; anders Thiele, JZ 1967, 649, 652 f., der die Grundlage des Schutzpflichtverhältnisses in den tatsächlichen Beziehungen der Beteiligten sieht. Konsequenz dieser Ansichten ist es, daß der Anspruch des Dritten - im Gegensatz zu der von der h.M. vertretenen Auffassung, vgl. etwa Larenz, Bd. I, S. 169, § 17, II oder Gernhuber S. 269 - nicht aus dem zwischen Gläubiger und Schuldner bestehenden Schuldverhältnis abgeleitet wird, vgl. Canaris a.a.O. S. 480 und Thiele a.a.O. S. 654; dieses stellt sich damit auch nicht mehr als Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte dar. Auf sie daraus zu ziehenden Schlußfolgerungen etwa für die Berücksichtigung eines Mitverschuldens des Vertragsgläubigers wird zurückzukommen sien.
- 226) So muß die herrschende Meinung, die ab Vertragsschluß die Möglichkeit eines gleichzeitig bestehenden gesetzlichen Schutzverhältnisses leugnet, vgl. etwa Larenz, Bd. I, S. 99 ff., § 9, II, entscheiden.

Dieser muß, im Gegensatz zu dem Normalfall einer Vertragsverletzung, nicht nur die Schäden eines eigentlichen Vertragspartners, sondern auch diejenigen, die bei einem Dritten entstehen und für die er ohne die Ausdehnung der Schutzpflichten allein nach dem für ihn regelmäßig günstigeren Deliktsrecht haften würde, ausgleichen. Andererseits hat man zu bedenken, daß mit der Beschränkung der Ansprüche eines Dritten auf solche aus unerlaubter Handlung, verglichen mit den Ersatzmöglichkeiten, die einem Vertragspartner eröffnet sind, eine ungerechtfertigte Schlechterstellung verbunden sein kann; das gilt insbesondere dann, wenn ein erhöhtes Schutzbedürfnis^{227a)} besteht.

Der Frage, mit Hilfe welcher Kriterien dieser Interessenkonflikt zu lösen ist, soll im folgenden nachgegangen werden. Da die Fälle, in denen eine personenbezogene Schutzpflicht verletzt wird, den Ausgangspunkt für die Entwicklung des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte bildeten, ist dabei deren Behandlung an den Anfang zu stellen.

a) Die Bestimmung des Ersatzberechtigten bei Personenschäden

Auch wenn man davon ausgeht, daß die Möglichkeit der personalen Erweiterung eines Schuldverhältnisses, soweit es Personenschäden angeht, zumindest für den Kernbereich der Miet-, Beförderungs- und ärztlichen Behandlungsverträge gewohnheitsrechtlich anerkannt ist²²⁷⁾, so hat doch auch insoweit eine Abgrenzung des ersatzberechtigten Personenkreises zu erfolgen. Die für sie geltenden Grundsätze sind die gleichen wie diejenigen, die in sonstigen Fällen heranzuziehen sind, in denen schuldrechtliche Schutzpflichten auf Dritte ersteckt werden sollen.

227) So Staudinger-Kaduk Vorbem. 80 zu §§ 328-335; Larenz, Bd. I, S. 168, FN. 3, § 17, II; Gernhuber S. 269; ders., JZ 1962, 553, 555.

227a) So etwa als Folge der Eingliederung in einen Betrieb oder des Zusammenlebens in einer Familie.

Um im Einzelfall feststellen zu können, ob einem Drittgeschädigten Ersatzansprüche zustehen, die sich nach Vertragsrecht richten, werden heute im wesentlichen zwei Wege eingeschlagen. Der Bundesgerichtshof²²⁸⁾ und die Mehrzahl derjenigen Autoren²²⁹⁾, die mit ihm, auch wenn sie die Schutzwirkung nicht auf eine ergänzende Vertragsauslegung stützen, die Ansprüche des Dritten aus dem zwischen Gläubiger und Schuldner bestehenden Schuldverhältnis ableiten, stellen auf die diesem zugrundeliegende Interessenslage ab: Ein Dritter ist dann in seinen Schutzbereich einbezogen, wenn er mit der Leistung bzw. - bei vorvertraglichen Beziehungen - mit dem Verhalten des Schuldners gläubigergleich in Berührung kommt und der Gläubiger - dem Schuldner erkennbar²³⁰⁾ - ein Interesse an der Sicherheit des Drittgeschädigten hat, das dem an seiner eigenen zumindest entspricht und das darauf beruht, daß er für das Wohl und Wehe des Dritten verantwortlich ist²³¹⁾.

228) Vgl. dazu BGH NJW 1964, 33, 34 f.; BGHZ 51, 91, 96; BGH NJW 1970, 38, 40; BGHZ 56, 269, 273.

229) Siehe etwa Staudinger-Kaduk Vorbem. 79 zu §§ 328-335; Erman-H.P. Westermann Rdnr. 12 zu § 328; Esser, Bd. 1, S. 398, § 54, I 1; Larenz, Bd. I, S. 168 f., § 17, II; Medicus S. 360 f., § 33, IV 7 b; Berg, MDR 1969, 613, 615. Anders aber Gernhuber S. 270 und JZ 1962, 553, 555, der bei der Bestimmung des ersatzberechtigten Personenkreises auf die Beziehungen des Dritten zum Schädiger abstellt; vgl. dazu noch im weiteren Verlauf.

230) Obwohl dieses Kriterium bei der Anknüpfung an den Parteiwillen seinen Ursprung hat, muß man es auch dann, wenn man die Begründung der Schutzwirkung aus § 157 BGB ablehnt, beibehalten; der Schädiger muß das ihn treffende Schadensrisiko kalkulieren können; vgl. Erman-H.P. Westermann Rdnr. 12 zu § 328 und Medicus S. 361, § 33, IV 7 b cc.

231) Weitergehend BGHZ 49, 350, 354, wo nur von einer Obhuts- und Fürsorgepflicht gesprochen wird; auf diese Entscheidung wird noch einzugehen sein.

Anders gehen dagegen die Autoren²³²⁾ vor, die die Grundlage des Anspruchs des Dritten in einem einheitlichen gesetzlichen Schutzverhältnis sehen. Bei ihnen steht, ebenso wie bei Gernhuber²³³⁾, die Beurteilung der zwischen dem Schädiger und dem Dritten bestehenden tatsächlichen Beziehungen im Vordergrund. Erreichen diese eine bestimmte Intensität, so gelangt das einheitliche gesetzliche Schutzverhältnis zur Entstehung; bei dessen Verletzung ist der Dritte zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen befugt, ohne daß, abgesehen von der objektiven und subjektiven Zurechenbarkeit, weitere Voraussetzungen geprüft werden müßten.

Die Entscheidung der Frage, wie sich das Verhältnis zwischen Schädiger und Drittem zu gestalten hat, um diese Rechtsfolge auszulösen, ist nach Grundsätzen zu treffen, die denen im wesentlichen zu gleichen haben, die von der oben dargestellten herrschenden Meinung herangezogen werden. Auch wenn man der Ansicht von Canaris und Thiele folgt, kann es nicht ausreichend sein, allein auf die gläubigergleiche Gefährdung, wie das Gernhuber vorschlägt, abzustellen. Um auch den Interessen des Schädigers gerecht zu werden, ist eine weitergehende Begrenzung des ersatzberechtigten Personenkreises erforderlich. Canaris²³⁴⁾ sucht diese auf der Grundlage des Vertrauensprinzips zu verwirklichen. Richtig verstanden führt dieser Gedanke jedoch letztendlich zu den oben genannten Kriterien. Denn von ihnen hängt es ab, ob der geschädigte Dritte dem Schuldner berechtigterweise Vertrauen entgegenbringen darf. Da der Dritte

232) Vgl. Canaris, JZ 1965, 475, 478 und Thiele, JZ 1967, 649, 654.

233) Er stellt allein auf die gläubigergleiche Gefährdung durch die Leistungserbringung ab; vgl. Gernhuber S. 270 und ders., JZ 1962, 553, 555.

234) Canaris, JZ 1965, 475, 478; Thiele, JZ 1967, 649 ff. erörtert die Frage nach der Abgrenzung des ersatzberechtigten Personenkreises nicht.

nur mit Zustimmung des Gläubigers²³⁵⁾ dergestalt mit der vertraglichen Leistung in Berührung kommen kann, daß er bei durch sie verursachten Schäden nach Vertragsgrundsätzen ersatzberechtigt wird, ist der Gläubiger spätestens mit dessen Einbeziehung in den "Kontaktrahmen"²³⁶⁾ des Schuldverhältnisses für dessen Wohl und Wehe verantwortlich. Zieht man daraus, wogegen keine Bedenken bestehen, einen Umkehrschluß, so gelangt man zu einem der Abgrenzungsmerkmale der herrschenden Ansicht: Wenn der Gläubiger für das Wohl und Wehe des Dritten verantwortlich ist, so ist der letztere, kommt er nach der Anlage des Schuldverhältnisses mit der Leistung bzw. dem Verhalten des Schuldners gläubigergleich in Berührung, in den Kontaktrahmen dieser Rechtsbeziehungen einbezogen; er ist nach Vertragsgrundsätzen zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen befugt. Ist der Gläubiger einem Dritten auf Grund eines personenrechtlichen Verhältnisses zur Fürsorge verpflichtet, so darf dieser Dritte darauf vertrauen, daß auch der Schuldner ihm gegenüber gesteigerte Schutzpflichten beachtet.

Das gilt jedoch nur dann, wenn der Schuldner das Schutzverhältnis erkennen kann, das den Dritten mit dem Gläubiger verbindet und in dessen Folge ihm dem Dritten gegenüber vertragliche Nebenpflichten obliegen. Ohne diese Möglichkeit ist dem Schuldner die Erweiterung der Haftung über den gesetzlichen Normalfall, also über die dem Ver-

235) Vgl. Gernhuber S. 270, der bei der Schädigung eines vom Schuldner in die Leistungsbewirkung eingeschalteten Dritten die Billigung dieser Einbeziehung durch das Schuldverhältnis zur Voraussetzung für dessen Drittanspruch macht. Es kann jedoch allein auf die Billigung durch den Einbeziehenden, der auch der Gläubiger sein kann, ankommen. Die Bewilligung durch das Schuldverhältnis ist durch die Erkennbarkeit ersetzt; darauf wird zurückzukommen sein.

236) Vgl. zu diesem Begriff Thiele, JZ 1967, 649, 654.

tragspartner entstehenden Schäden hinaus, nicht zumutbar; das Schadensrisiko muß bei der Anerkennung der Dritt-ersatzberechtigungen, die sich nach Vertragsrecht richten, ebenso kalkulierbar sein wie bei jenen, die auf dem Recht der unerlaubten Handlungen beruhen.²³⁷⁾ Vermag der Schuldner die Einbeziehung des geschädigten Dritten in den Kontaktrahmen nicht zu erkennen, so darf ihm auch kein Vertrauen dergestalt, daß er seine Rücksichtnahme den vermehrten Einwirkungsmöglichkeiten anpassen werde, entgegengebracht werden. Ein einheitliches gesetzliches Schutzverhältnis kann ebensowenig wie der vom Gläubiger-Schuldner-Verhältnis abgeleitete Schadensersatzanspruch zur Entstehung gelangen.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß ein Drittanspruch nach Vertragsgrundsätzen, der auf den Ausgleich von Körperschäden gerichtet ist, nur dann - gleichgültig, worin man seine Grundlage sieht - zur Entstehung gelangen kann, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind: Der anspruchstellende Dritte muß in gleicher Weise wie der Gläubiger gefährdet worden sein; der Gläubiger muß ihm für Wohl und Wehe verantwortlich gewesen sein; letzteres muß für den Schädiger erkennbar gewesen sein. Würde man bei der Feststellung des ersatzberechtigten Personenkreises geringere Anforderungen genügen lassen, würde das den Interessen des Schädigers zuwiderlaufen.

b) Die Bestimmung des Ersatzberechtigten bei Sachschäden

Man wird es heute als ganz herrschende Ansicht²³⁸⁾ zu bezeichnen haben, daß Schadensersatzansprüche eines Dritten,

237) Siehe hierzu insbesondere Erman-Sirp Rdnr. 12 zu § 328 und Medicus S. 361, § 33, IV 7 b cc.

238) Vgl. dazu schon oben in diesem Abschnitt, VI C 1 d bb, S. 276 f.
Siehe auch Canaris, JZ 1965, 475, 478; Humborg, VersR 1965, 940; Lörenz, JZ 1966, 143; Berg, MDR 1969, 613, 615; Söllner, JuS 1970, 159, 164.

auch soweit sie auf den Ausgleich von Sachschäden gerichtet sind, auf einem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte beruhen können. Bei der Beantwortung der Frage, wann derartige Drittersatzberechtigungen feststellbar sind, hat man danach zu differenzieren, ob der anspruchstellende Dritte oder aber ob der Gläubiger oder der Schuldner im Zeitpunkt der Beschädigung bzw. Zerstörung der Sache ihr unmittelbarer Besitzer war. Im Rahmen der ersten Alternative ist allein den für die Feststellung einer vertraglichen Drittberechtigung maßgebenden Kriterien nachzugehen. Bei der zweiten ist darüber hinaus die vorrangige Frage zu prüfen, ob dem Dritten auf einer anderweitigen Grundlage, so etwa auf der eines möglicherweise in § 991 Abs. 2 BGB enthaltenen Rechtsgedankens²³⁹⁾, ein eigener Anspruch zustehen kann, der denjenigen überflüssig machen würde, der aus einer personalen Erweiterung eines Schuldverhältnisses folgt. Dabei werden auch alle die Entscheidungen nachzuholen sein, die im Rahmen der Erörterung zur Drittschadensliquidation in den Obhutsfällen dahinstehen konnten.

aa) Der vertragliche Ersatzanspruch eines unmittelbar besitzenden Dritten

Vergleicht man die hier relevanten Fallgestaltungen mit denen, die einem vertraglichen Drittersatzanspruch bei

239) Dieser kann dagegen, wovon auch Hagen ausgeht, dann nicht zum Zuge kommen, wenn der Dritte unmittelbarer Besitzer ist (vgl. a.a.O. z.B. S. 220 f.), so daß insoweit der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte neben dem Deliktsrecht die einzige Möglichkeit bildet, einen eigenen Schadenersatzanspruch zu begründen. Falsch ist daher Hagens Behauptung (vgl. a.a.O. S. 226), der vom Bundesgerichtshof entschiedene Wasserschadenfall (BGH JZ 1968, 304) sei einer Anwendung des von ihm gefundenen Prinzips zugänglich; dort war nur die klagende Eigentümerin, die in den nicht von ihr gemieteten Räumen die Fabrikation betrieb, nicht aber der Mieter oder der Vermieter im unmittelbaren Besitz der beschädigten Sachen.

240) Vgl. dazu oben in diesem Abschnitt, VI C 1 d bb, S. 278 ff.

Körperschäden zugrunde liegen, so ergibt sich eine derart weitgehende Übereinstimmung, daß die oben dargestellten Grundsätze auch für den Ausgleich eines Sachschadens, den ein unmittelbar besitzender Dritter erleidet, Geltung beanspruchen müssen.²⁴¹⁾ Es wird jeweils ein Rechtsgut, das sich außerhalb der Rechtssphäre des Gläubigers befindet, verletzt. Stellt sich das als Verwirklichung einer gläubiger-
gleichen Gefährdung dar, und ist darüber hinaus der Gläubiger für das Wohl und Wehe nicht nur des Körpers, sondern auch des Eigentums des Dritten verantwortlich²⁴²⁾, so haftet der Vertragsschuldner, ist ihm das den Gläubiger mit dem Dritten verbindende Schutzverhältnis erkennbar, für den von ihm zurechenbar verursachten Schaden des Dritten nach vertraglichen Grundsätzen. Es darf für die ersatzrechtliche Stellung eines Dritten keinen Unterschied machen, ob er, etwa als Angehöriger eines Mieters, in seiner Gesundheit oder aber in seinem Eigentum beeinträchtigt wird. Daß es im Rahmen der Abgrenzung des ersatzberechtigten Personenkreises unhaltbar ist, für Körper- und Sachschäden eines unmittelbaren Besitzers jeweils verschiedene Kriterien aufzustellen, wird insbesondere deutlich, wenn solche Beeinträchtigungen in einer Person zusammentreffen.²⁴³⁾

241) Davon, daß im Rahmen der Bestimmung des ersatzberechtigten Personenkreises bei Sachschäden die gleichen Grundsätze wie bei Körperschäden zur Anwendung zu gelangen haben, gehen auch Canaris, JZ 1965, 475, 478; Humborg, VersR 1965, 940 und BGHZ 49, 350, 355 aus. Sie differenzieren jedoch bei der Festlegung der an eine vertragliche Drittersatzberechtigung zu stellenden Anforderungen nicht zwischen unmittelbarem Besitz einerseits des Dritten und andererseits des Gläubigers oder des Schuldners.

242) So hat der Arbeitgeber auch dafür Sorge zu tragen, daß das Eigentum eines Arbeitnehmers nicht beeinträchtigt wird.

243) Wären im Capuzol-Fall (BGH NJW 1959, 1676 f.) auch Ansprüche wegen Sachschäden geltend gemacht worden, so hätte auch insoweit der Kläger als ersatzberechtigt angesehen werden müssen.

Eine ungerechtfertigte Belastung des Schädigers findet nicht statt. Zwar erhöht sich dadurch, daß er auch Schäden eines Nicht-Vertragspartners zu ersetzen hat, das ihn treffende Schadensrisiko; da jedoch der Kreis der Ersatzberechtigten, in gleichem Maße überschaubar ist, wie das beim Ausgleich von Personenschäden zu beobachten ist, bleibt es kalkulierbar.

bb) Eigene Ersatzansprüche eines Dritten bei unmittelbarem Besitz des Gläubigers oder des Schuldners

Aus den folgenden Erörterungen haben von vornherein die Fallgestaltungen auszuschneiden, in denen der Schuldner unrechtmäßiger Besitzer der zerstörten oder beschädigten Sache ist; die Ansprüche des dritten Eigentümers richten sich allein nach den §§ 989 ff. BGB.²⁴⁴⁾ Die Problematik, ob der Dritte dann, wenn der zwischen Gläubiger und Schuldner geschlossene Vertrag unwirksam ist, in den Schutzbereich des dennoch bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnisses miteinbezogen sein kann, tritt also bei Eigentumsverletzungen durch einen unrechtmäßig besitzenden Schuldner nicht auf. Auf die ausschließliche Geltung der Vorschriften des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses ist es dabei ohne Einfluß, welche besitzrechtliche Qualität der Stellung des Gläubigers zukommt. Diese Frage erlangt außer für den Schadensersatzanspruch aus § 992 Abs. 2 BGB nur dort Bedeutung, wo es darum geht, festzustellen, ob und auf welcher Grundlage der Dritte gegen diesen vorgehen kann.

Die Ausgangslage, die den im weiteren Verlauf darzustellenden Drittersatzberechtigungen zugrunde liegt, ist somit dadurch gekennzeichnet, daß der Schuldner, ist er nicht Besitzer,

244) Auf diese ist hier nicht weiter einzugehen; vgl. dazu die Kommentierung zu den §§ 989-993 etwa bei Erman-Hefermehl; siehe zu dem das dreigliedrige Eigentümer-Besitzer-Verhältnis regelnden § 991 Abs. 2 BGB insb. Hagen S. 199 ff.

unter Verletzung einer auf einem rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Schuldverhältnis beruhenden Sorgfaltspflicht, ist er rechtmäßiger Besitzer, unter Mißachtung einer durch ein gesetzliches²⁴⁵⁾ oder rechtsgeschäftliches Besitzmittlungsverhältnis auferlegten Neben- bzw. Obhutspflicht, das Eigentum des Dritten verletzt. Ein vertraglicher Schadensersatzanspruch bietet sich als geeignete Drittschutzform an. Bevor jedoch der Frage nachgegangen werden kann, welche Anforderungen an die Begründung einer solchen Drittersatzberechtigung zu stellen sind, bedarf es vorab einer kritischen Würdigung der von Hagen²⁴⁶⁾ vertretenen Ansicht. Denn läßt sich, wie dieser meint, ein Schadensersatzanspruch des Dritten einem im Gesetz enthaltenen Rechtsgedanken entnehmen, so wird eine Rechtsfortbildung, die zur Erstreckung vertraglicher Schutzpflichten auf Dritte führt, überflüssig.²⁴⁷⁾

(a) Hagen sieht den Grundgedanken des § 991 Abs. 2 BGB darin, daß diese Vorschrift "die Verantwortlichkeit aus dem Besitzmittlungsverhältnis auf das Verhältnis des Eigentümers zum unmittelbaren Besitzer"²⁴⁸⁾ überträgt. Indem er diesen Rechtsgedanken zu Lasten sowohl eines rechtmäßigen Unterbesitzers²⁴⁹⁾ als auch eines nicht besitzenden Schuldners²⁵⁰⁾ entsprechend anwendet, gelangt er zu einer Verdinglichung der diesen treffenden Schutz- und Erhaltungspflichten: "Wer einem Besitzer²⁵¹⁾ für die Erhaltung der Sache verantwortlich ist, haftet nach Maßgabe dieser Verantwortlichkeit auch dem Eigentümer oder sonstigen dinglichen Berechtigten²⁵²⁾ für

245) In Betracht kommt hier insbesondere eine Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677 ff. BGB.

246) Hagen S. 199 ff., insb. S. 220 ff.

247) So richtig Hagen S. 226; der spezielleren Regelung müßte der Vorrang eingeräumt werden.

248) Hagen S. 213.

249) Hagen S. 215 ff.

250) Hagen S. 220.

251) Insoweit kann es sich auch um einen mittelbaren Besitzer handeln.

252) Auch hier wendet er, soweit im Gesetz, wie z.B. in den §§ 1011, 1065, 1227 BGB, keine ausdrücklichen Verweisungen enthalten sind, den Rechtsgedanken des § 991 Abs. 2 BGB entsprechend an; vgl. Hagen S. 213 ff.

den Schaden, der dadurch entsteht, daß die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem sonstigen Grunde nicht herausgegeben werden kann."²⁵³⁾ Da er darüber hinaus annimmt, daß sich dieses "Prinzip der Drittwirkung kraft dinglicher Mitzuständigkeit"²⁵⁴⁾ verselbständigen lasse, sieht er, insoweit konsequent, die Frage nach vertraglichen Drittschutzformen als obsolet an.²⁵⁵⁾

Dieser Ansicht stehen jedoch schwerwiegende Bedenken entgegen. Dabei kann es dahinstehen, ob der Grundgedanke des § 991 Abs. 2 BGB in der Form, in der ihn Hagen annimmt, zutrifft. Denn unabhängig davon, ob § 991 Abs. 2 BGB nicht nur einen Ersatzanspruch des Eigentümers gegen einen unrechtmäßigen, aber gutgläubigen Unterbesitzer begründet, der nach den §§ 989, 990 BGB nicht haftet, der aber sein dem Oberbesitzer gegenüber bestehendes Fremdbesitzrecht schuldhaft überschritten hat ²⁵⁶⁾, sondern diesem auch eine zwischen Schuldner und Gläubiger vereinbarte Haftungserweiterung zugute kommen läßt²⁵⁷⁾, gilt folgendes: Die Übertragung eines in § 991 Abs. 2 BGB enthaltenen Rechtgedankens ist weder auf einen rechtmäßig besitzenden noch einen nicht besitzenden Schuldner möglich. Das ergibt sich in erster Linie aus den haftungsmäßigen Konsequenzen, die mit einem solchen Vorgehen für den Schädiger verbunden wären. Dieser hat im Normalfall der Verletzung einer obligatorischen Obhuts- bzw. Erhaltungspflicht allein den Schaden zu ersetzen, der seinem Vertragspartner entsteht. Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes und damit eine solche des Dogmas vom Gläubigerinteresse kann, auch wenn sie durch die Begründung eines eigenen

253) Hagen S. 220 f.

254) Hagen S. 220.

255) Hagen S. 226.

256) So etwa Staudinger-Berg Rdnr. 3 zu § 991 oder Palandt-Degenhart Anm. 2 zu § 991.

257) Das vertreten z.B. Erman-Hefermehl Rdnr. 5 zu § 991; Soergel-Mühl Rdnr. 3 zu § 991; Hagen S. 207 ff.

Anspruchs in der Person des Dritten erfolgt, nur dann zulässig sein, wenn dafür besondere Voraussetzungen im Einzelfall festgestellt werden können.²⁵⁸⁾ Die Grundentscheidung des Gesetzgebers darf bis zu der Grenze, von der ab ihre Beachtung zu Unbilligkeiten führt, nicht korrigiert werden. Die von Hagen vertretene Verdinglichung der einen Schuldner treffenden sachbezogenen obligatorischen Sorgfaltspflichten und damit die nicht an der Interessenlage im Einzelfall ausgerichtete Begründung von Drittersatzberechtigungen stellen eine Durchbrechung der haftungsrechtlichen Systematik dar, für die in diesem Umfang kein Bedürfnis besteht. Sie lassen einerseits keinen Raum für die Berücksichtigung des Zwecks, den der Dritte mit der Besitzübertragung verfolgt. Andererseits ist es als im Regelfall ausreichend anzusehen, daß der Dritte den obhutspflichtigen Gläubiger, mit dessen verträglichem Verhalten er allein rechnet, in Anspruch nehmen kann; dabei ist insbesondere zu beachten, daß der schädigende Schuldner in einer Vielzahl der hier relevanten Fälle als Erfüllungsgehilfe anzusehen ist, für dessen Verschulden der Gläubiger nach § 278 BGB einzustehen hat.²⁵⁹⁾

Hagen verkehrt somit bei der personalen Einweiterung eines Schuldverhältnisses das Verhältnis von Regel und Ausnahme. Zwar tritt dabei keine eigentliche Haftungskumulierung ein;²⁶⁰⁾ der Gläubiger und der Dritte können - was auch nach Deliktsrecht möglich ist - insgesamt nur Ansprüche wegen der Besitz- und der Eigentumsverletzung geltend machen; dem Schuldner wird jedoch generell die gesetzlich eröffnete Möglichkeit genommen, haftungsrechtliche Vorteile aus einer besonderen Gestaltung der Gläubigersphäre zu ziehen. Eine solche "Benachteiligung" eines Schädigers darf jedoch nur, wie das auch bei der Versagung der Vorteilsausgleichung zu beachten ist, auf der Grundlage

258) Vgl. dazu v. Caemmerer, ZHR 127, 241, 242 f.

259) Siehe dazu auch Eike Schmidt S. 614.

260) Anders aber Eike Schmidt S. 614.

im Einzelfall vorzunehmender Wertungen erfolgen.

Darüber hinaus sprechen gegen eine generelle Verdinglichung einer sachbezogenen Pflichtenstellung alle die Gesichtspunkte, die auch der vertraglichen Begründung deliktischer Handlungspflichten gegenüber Dritten entgegenstehen.²⁶¹⁾ Eine grundsätzlich nur im Verhältnis der Vertragspartner zueinander zu beachtende sachbezogene Nebenpflicht kann einem Dritten gegenüber nur dann Wirkung entfalten, wenn diesem der auf ihre Beachtung gerichtete Anspruch zugewandt wird. Im übrigen können obligatorische Schutzpflichten zugunsten eines Dritten nur dann bestehen, wenn diesen mit dem Verpflichteten ein von der Gläubiger-Schuldner-Beziehung getrenntes Schuldverhältnis, also etwa, soweit man von seinem Bestehen ausgeht, ein einheitliches gesetzliches Schutzverhältnis verbindet.

Weiterhin steht der von Hagen vertretenen Ansicht entgegen, daß sie, wie er selbst einräumt²⁶²⁾, zu einer gewissen "gegenständlichen Fixierung des ersatzfähigen Interesses"²⁶³⁾ gelangt. Denn auf der einen Seite ist eine solche Bestimmung der schadensersatzrechtlichen Forderungszuständigkeit, auch wenn Hagen²⁶⁴⁾ seinen Lösungsansatz als abgrenzbares und "inhaltlich verhältnismäßig enges Prinzip" ansieht, mit den Grundprinzipien des Schuldrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht vereinbar; dem Erfordernis, daß der Gläubiger einer Schadensersatzpflicht bestimmt sein muß, wird durch das Kriterium der "dinglichen Mitberechtigung"²⁶⁵⁾ ebensowenig Rechnung getragen wie durch das von Reinhardt²⁶⁶⁾ aufgestellte der Genußzuweisung.²⁶⁷⁾

Auf der anderen Seite führt die "gegenständliche Fixierung des ersatzfähigen Interesses", wie sie mit der Verdinglichung der Schutzpflichten verbunden ist, dazu, daß eine sachge-

261) Vgl. dazu oben in diesem Abschnitt, II A 3 b, S. 79 f.

262) Hagen S. 221.

263) Vgl. zu diesem Begriff Reinhardt S. 83 f.; er sieht darin die Grundlage einer sachgerechten Lösung der Drittschadensfälle.

264) Hagen S. 221.

rechte Abgrenzung des ersatzberechtigten Personenkreises unmöglich wird; auf die damit verbundene Folge einer unnötig weiten Durchbrechung des Dogmas von Gläubigerinteresse wurde oben schon hingewiesen. Da jede Verletzung eines an der beschädigten oder zerstörten Sache bestehenden dinglichen Rechts für die Begründung eines Schadensersatzanspruchs ausreicht, bleibt die Gestaltung der Beziehungen des Dritten sowohl zum Gläubiger als auch zum Schuldner außer Betracht. Allein besitzrechtliche und auf dinglichen Berechtigungen beruhende Verhältnisse an einer Sache sagen jedoch noch nichts darüber aus, ob ein Drittschutz, der durch die Zubilligung eines eigenen Anspruchs ermöglicht wird, auch angemessen ist.

(b) Da somit in den Fällen, in denen entweder der Gläubiger oder der Schuldner im unmittelbaren Besitz einer dem Dritten gehörenden Sache ist, ein Drittersatzanspruch nicht auf einen in § 991 Abs. 2 BGB möglicherweise enthaltenen Rechtsgedanken gestützt werden kann, verbleibt allein die Möglichkeit, einen sachgerechten Drittschutz auf der Grundlage eines "Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte" zu verwirklichen.²⁶⁸⁾ Die Frage, welche Kriterien als Voraussetzungen dafür aufzustellen sind, daß ein Dritter in einen vertraglichen Schutzbereich miteinbezogen wird bzw. ein einheitliches gesetzliches Schutzverhältnis zur Entstehung gelangt²⁶⁹⁾, soll im folgenden nachgegangen werden.

265) Hagen S. 221.

266) Vgl. Reinhardt S. 75 ff.

267) Siehe dazu Staudinger-Werner Vorbem. 97 zu §§ 249-255.

268) Daraus folgt dann auch zwingend, daß es sich bei § 701 BGB um eine gesetzliche Anerkennung der Möglichkeit, einen Drittschutz auf der Grundlage eines eigenen Anspruchs des Drittgeschädigten zu verwirklichen, handelt; vgl. dazu im übrigen auch schon oben in diesem Abschnitt, VI C 1 d bb, S. 275 f.

269) Auch in dem hier fraglichen Zusammenhang darf, soweit es die Festlegung des ersatzberechtigten Personenkreises angeht, kein Unterschied danach gemacht werden, ob der Drittanspruch aus dem Gläubiger-Schuldner-Verhältnis abgespalten ist oder auf einer schuldrechtlichen Beziehung des Dritten zum Schuldner beruht.

Eine Bestimmung des ersatzberechtigten Personenkreises dadurch, daß man ein auf § 991 Abs. 2 BGB beruhendes allgemeines Prinzip zur Anwendung gelangen läßt, ist nicht möglich. Das oben Ausgeführte gilt sinngemäß; für die auf dieser Grundlage erfolgende, nicht auf den Einzelfall abstellende Durchbrechung des Verletzungsprinzips ist in diesem Umfang kein Bedürfnis anzuerkennen; eine sachgerechte Eingrenzung der Drittersatzberechtigungen findet nicht statt.

Dagegen engen die Grundsätze, die oben²⁷⁰⁾ für solche Schäden des Dritten aufgestellt wurden, die an dessen Körper bzw. Gesundheit oder an in dessen unmittelbarem Besitz stehenden Schaden entstehen, den Kreis der Ersatzberechtigten in einem Maße ein, wie es in den hier relevanten Fällen nicht erforderlich ist. Es ist zu bedenken, daß die im Eigentum des Dritten stehende Sache, deren Beschädigung sich im übrigen wohl immer als eine Verwirklichung einer das Eigentum des Gläubigers in gleicher Weise treffenden Gefährdung darstellen wird, in die Rechtssphäre des Gläubigers und aus dieser eventuell weiter in die des Schuldners übertragen worden ist. Aus diesem Grunde tritt auch dann, wenn dem Dritten ein eigener Schadensersatzanspruch zuerkannt wird, keine eigentliche Haftungskumulierung ein. Das Schadensrisiko bleibt für den Schuldner grundsätzlich kalkulierbar; er muß damit rechnen, daß er bei der Beschädigung von Sachen, die sich beim Gläubiger befinden oder die ihm von diesem zu Besitz übertragen werden, nach Vertragsgrundsätzen zum Schadensersatz verpflichtet ist. Nicht von Bedeutung ist es dabei, welcher Wert der Sache zukommt;²⁷¹⁾ eine derartige, für ihn nachteilige Gestaltung der Gläubigersphäre muß der Schädiger grundsätzlich hinnehmen.

270) Vgl. in diesem Abschnitt, VI D 2 a, b aa, S. 291 ff.

271) Wenn Söllner, JuS 1970, 159, 164 ausführt, daß eine Ersatzpflicht dem Dritten gegenüber dann nicht zur Entstehung gelange, wenn dem Schuldner nicht erkennbar sei, daß dem Gläubiger eine besonders wertvolle Sache zu Besitz übertragen worden ist, da insoweit das Schadensrisiko erhöht werde, so kann dem nicht gefolgt werden. Er verwechselt die hier sehr wohl

Unter diesem Gesichtspunkt der Kalkulierbarkeit des Schadensrisikos bedarf es im Verhältnis des Gläubigers zum Dritten keiner personenrechtlichen Fürsorgepflicht, um die Begründung eines eigenen, sich nach Vertragsrecht richtenden Schadenersatzanspruchs in der Person des Dritten als billige, den Schädiger nicht ungerechtfertigt belastende Lösung ansehen zu können.²⁷²⁾ Vielmehr muß dem Gläubiger allein eine sachbezogene Schutz- bzw. Obhutspflicht obliegen.²⁷³⁾ Diese reicht dazu aus, eine einem Dritten gehörende Sache über die rein tatsächliche Gewaltausübung hinaus dergestalt in die Rechtssphäre des Gläubigers einzu beziehen, daß einerseits der dritte Eigentümer darauf vertrauen kann, daß sich der Schutzbereich weiterer Schuldverhältnisse, in deren Rahmen die Sache gefährdet werden kann, auf diese erstreckt und daß andererseits der Schuldner dadurch, daß ihm die Vorteile aus einer für ihn günstigen Gestaltung der Gläubigersphäre vorenthalten werden, nicht unbillig belastet wird.

Das zwischen dem Gläubiger und dem Dritten bestehende Schutzverhältnis braucht dem Schuldner nicht erkennbar zu sein.²⁷⁴⁾ Dieses Erfordernis erlangt nur dort Bedeutung, wo es, anders als in den hier relevanten Fällen, darum geht, das Schadensrisiko in überschaubaren Grenzen zu halten, das

kalkulierbare Möglichkeit, daß überhaupt ein Schaden eintritt, mit der Frage, in welchem Umfang sich der Schädiger trotz des Prinzips der Totalrestitution darauf berufen kann, daß seine Ersatzpflicht deshalb entfalle, weil ein ungewöhnlich hoher Schaden entstanden sei; er verwechselt also die Frage nach der Risikosphäre mit der nach der haftungsausfüllenden Kausalität. Vgl. dazu auch noch unten insb. FN. 274.

272) So aber Eike Schmidt S. 613 f., der anderenfalls die (nicht vorhandene) Gefahr einer Haftungskumulierung sieht.

273) Diese Verringerung der an die Beziehungen zwischen Gläubiger und Drittem zu stellenden Anforderungen klingt auch in BGHZ 49, 350, 355 an.

274) So aber Söllner, JuS 1970, 159, 164 und auch BGH JZ 1968, 304 sowie BGHZ 49, 350, 354, die jedoch inso weit inkosistent sind, als sie diese Voraussetzung bei der Drittschadensliquidation in den Obhutsfällen nicht aufstellen. Das wird insbesondere bei Söllner deutlich, der die Drittschadensliquidation, mit deren Zu-

den Schuldner als Folge einer Anerkennung vertraglicher Dritt-ersatzberechtigungen trifft.

Abschließend ist auf folgendes hinzuweisen: Zwar entsprechen die hier für die Begründung einer vertraglichen Dritter-satzberechtigung aufgestellten Kriterien weitgehend den-jenigen, von denen die herrschende Meinung²⁷⁵⁾ bei gleich-gelagerten Sachverhalten die Zulässigkeit einer Drittschadens-liquidation abhängig macht. Die hier vertretene Lösung ist jedoch in diesen Obhutsfällen, in denen es darum geht, die gesetzlichen Regelungen der Gehilfenhaftung, der Ver-jährung und der Beweislastverteilung insoweit zu korrigieren, als sie zu unbilligen Haftungsfreistellungen eines Schäd-igers in bezug auf einen Dritten führen, aus den schon oben²⁷⁶⁾ angeführten Gründen einem Drittschutz auf der Grundlage der Liquidation eines Drittinteresses vorzu-ziehen.

c) Der Ersatz von Vermögensschäden auf der Grundlage
der personalen Erweiterung eines Schuldverhältnisses

Der Bundesgerichtshof hat im Testamentsfall²⁷⁷⁾ die Ansicht vertreten, daß auch der reine Vermögensschaden eines Dritten

lassung seiner Ansicht nach keine Risikoerhöhung verbunden ist, in den Obhutsfällen neben dem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, bei dem er, obwohl gegenüber der Drittschadensliquidation nur ein Wechsel in der Anspruchsberechtigung stattfindet, Risikoerhöhung annimmt, zur Anwendung gelangen läßt.

275) Vgl. zu ihr oben in diesem Abschnit, VI C1 d aa, S.269 ff.

276) Vgl. in diesem Abschnitt, VI C 1 d bb, S.272 ff.

277) BGH JZ 1966, 141 ff.; dem Bundesgerichtshof folgen Palandt-Heinrichs Anm. 3a zu § 328; Fikentscher S. 154, § 37, IV 3; Blomeyer S. 258, § 42, IV:

auf der Grundlage einer vertraglichen Drittersatzberechtigung auszugleichen sein kann. Zwar läßt er es dahingestellt sein, ob auch insoweit ein Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte vorliegt;²⁷⁸⁾ er greift jedoch im Rahmen der Festlegung des ersatzberechtigten Personenkreises auf die gleichen Kriterien zurück, von denen er die personale Erweiterung eines Schuldverhältnisses bei Körperschäden abhängig macht.²⁷⁹⁾

In der Entscheidung zum Testamentsfall wird daher weitgehend²⁸⁰⁾ die vom Bundesgerichtshof vorgenommene Anerkennung des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte als Anspruchsgrundlage auch für den Ersatz von Vermögensschäden gesehen.

Der Sachverhalt, der diesem Urteil zugrundeliegt, ist dadurch gekennzeichnet, daß ein Dritter durch die Verletzung einer auf dem Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner beruhenden Hauptleistungspflicht dergestalt geschädigt wird, daß eine Erwerbsaussicht vereitelt wird.²⁸¹⁾ Damit steht hier die Annahme einer Drittersatzberechtigung, die sich nach Vertragsgrundsätzen richtet, im Gegensatz zu allen oben dargestellten Fällen der personalen Er-

278) Vgl. BGH JZ 1966, 141, 142.

279) Darauf, daß die Entscheidung schon aus diesem Grunde unbefriedigend ist, weist Lorenz, JZ 1966, 143 hin; vgl. auch Böhmer, JR 1966, 173, 174. Da der Bundesgerichtshof einen echten Vertrag zugunsten Dritter - in einer auf diesem beruhenden echten Gläubigerschaft sieht Lorenz, JZ 1966, 143, 144 die dem Testamentsfall angemessene Lösung - nicht feststellen zu können glaubt (zustimmend Böhmer, JR 1966, 173), stellt er auf den Sinn und Zweck des Vertrages, auf die Grundsätze von Treu und Glauben und die "familiäre Verbundenheit" ab; vgl. BGH JZ 1966, 141, 142. Zum letzten Gesichtspunkt kritisch Medicus S. 362, § 33, IV 8, der darauf hinweist, daß das Interesse des Gläubigers an dem Schutz des Dritten hier nicht "auf einer drohenden Unterhalts- oder Ersatzpflicht" beruht.

280) Vgl. die Hinweise oben in FN. 277 sowie Erman-H.P. Westermann Rdnr. 13 zu § 328; Medicus S. 361 f., § 33, IV 8 und Lorenz, JZ 1966, 143, 144.

281) Da diese Erwerbsaussicht (die Klägerin hatte die Erwartung, als Alleinerbin eingesetzt zu werden) nicht verdinglicht ist, scheiden deliktische Schadensersatzansprüche aus.

Erweiterung eines Schuldverhältnisses. Die Ausgangslage war bisher dadurch charakterisiert, daß einerseits eine vertragliche Nebenpflicht verletzt und andererseits unmittelbarer Schaden ersetzt wurde, dessen Ausgleich, soweit man allein auf die allgemeinen Haftungstatbestände abstellte, im Einzelfall insbesondere am mangelnden Verschuldensnachweis scheiterte. Steht dagegen, wie etwa im Testamentsfall, die Wiedergutmachung reinen Vermögensschadens in Frage, so ist der Ersatz mittelbaren Schadens angestrebt.

Dieses Ziel, das außerhalb der Erwägungen liegt, die zu einer Anerkennung des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte geführt haben, ist jedoch auf der Grundlage einer vertraglichen Drittersatzberechtigung nicht zu verwirklichen.²⁸²⁾ Stützt man sie auf ein einheitliches gesetzliches Schutzverhältnis, in dessen Rahmen nur Nebenpflichten zur Entstehung gelangen können, so bedarf dies keiner weiteren Ausführungen; die dem Gläubiger gegenüber bestehende Hauptpflicht zur (rechtzeitigen) Erfüllung kann sich in bezug auf einen Dritten nicht als Schutz- bzw. Verhaltenspflicht darstellen.²⁸³⁾

Aber auch dann, wenn man den Anspruch des Dritten aus dem zwischen Gläubiger und Drittem bestehenden Schuldverhältnis ableitet, kann ein vertraglicher Schadensersatzanspruch des Dritten nicht begründet werden. Die Verletzung einer möglicherweise auf den Geschädigten erstreckten Schutzpflicht ist nicht feststellbar; die Zuwendung eines An-

282) So auch Medicus S. 362, § 33, IV 8; Lorenz, JZ 1966, 143, 144; Böhmer, JR 1966, 173, 174.

283) Das vertritt auch der Bundesgerichtshof nicht; er nimmt vielmehr an, daß der Dritte einen Anspruch zwar nicht auf die Hauptleistung, jedoch auf deren vertragsmäßige Erbringung habe; vgl. BGH JZ 1966, 141, 142.

spruchs, der auf die vertragsgemäße Erbringung der Hauptleistung gerichtet ist, kann nur durch einen echten Vertrag zugunsten Dritter erfolgen. Deshalb können dem Dritten auch nur dann, wenn ein solcher vereinbart ist, Sekundäransprüche wegen einer Leistungsstörung zustehen.²⁸⁴⁾

Steht dem Dritten kein Forderungsrecht bezüglich der Hauptleistung zu, so stellt sich der Ersatz eines Schadens, der ihm aus der Nichterfüllung des Vertrages erwächst, als ein Verstoß gegen die haftungsrechtliche Systematik dar. Unter Durchbrechung des Verletzungsprinzips soll hier nicht § 831 bzw. § 852 BGB, sondern das Enumerationsprinzip des § 823 BGB außer Kraft gesetzt werden.²⁸⁵⁾ Was hier beim Dritten beeinträchtigt wird, ist eine noch nicht verdinglichte Erwerbsaussicht bzw., sollte er einen Anspruch gegen den Gläubiger auf Weiterübertragung der Hauptleistung haben, ein Forderungsrecht. Solche Schäden sind aber im deutschen Recht, anders als in den Rechtsordnungen, in denen ein allgemeiner Deliktstatbestand zur Verfügung steht²⁸⁶⁾, kraft gesetzlicher Anordnung außerhalb solcher Beziehungen, die auf²⁸⁷⁾ rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Schuldverhältnissen beruhen, grundsätzlich nicht ersetzbar. Für eine ausnahmsweise Umgehung dieses Prinzips, die nur, da keine eigene Ersatzberechtigung in der Person des Dritten bestehen kann, durch die Zulassung einer Drittschadensliquidation möglich wäre²⁸⁸⁾,

284) Vgl. dazu insbesondere Medicus S. 362, § 33, IV 8 sowie Böhmer, JR 1966, 173, 174.

285) Darauf weist in erster Linie Böhmer, JR 1966, 173, 174 hin; vgl. auch Lorenz, JZ 1966, 143, 145.

286) Vgl. dazu oben 1. Teil, III F, S.10f.; siehe auch Lorenz, JZ 1966, 143, 145.

287) Diese bestehen hier nicht, da dem Dritten keine Rechte gegen den Schuldner zustehen können.

288) Diese Möglichkeit zieht Medicus S. 362, § 33, IV 8 in Betracht; er lehnt sie jedoch richtigerweise ab; er weist, ebenso wie Lorenz, JZ 1966, 143, 144, darauf hin, daß im Testamentsfall, anders als in den Fällen einer mittelbaren Stellvertretung, in denen die Liquidations eines Drittschadens, der durch eine nicht vertragsgemäße Leistung entsteht, zulässig ist, von Anfang an nicht mit der Möglichkeit, daß der Schaden beim Gläubiger eintritt, gerechnet zu werden braucht.

ist - im Gegensatz zu den Drittschädigungen bei mittelbarer Stellvertretung - in dem hier relevanten Zusammenhang kein Bedürfnis anzuerkennen.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, daß ein Dritter für reine Vermögensschäden, die durch die Nichterfüllung einer Hauptleistungspflicht entstehen, die dem Schuldner gegenüber dem Gläubiger obliegt, in den Fällen, in denen dem Dritten kein Anspruch auf die Hauptleistung zusteht, nicht auf der Grundlage einer eigenen Ersatzberechtigung Ausgleich verlangen kann. Der Begründung eines eigenen Anspruchs steht das Enumerationsprinzip entgegen.

Gleiches muß im übrigen auch für solche Vermögensminderungen eines Dritten gelten, die auf einem Verstoß des Schuldners gegen eine Nebenleistungspflicht beruhen, die in dem zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Schuldverhältnis ihre Grundlage findet. Zwar kann eine Schutzpflicht grundsätzlich auch einem Dritten gegenüber bestehen; da es sich jedoch auch hier um mittelbare Schäden handelt, kann es wegen Verstoßes gegen das Enumerationsprinzip nicht zulässig sein, Sorgfaltspflichten, die auf den Schutz bloßer Vermögensinteressen gerichtet sein würden, zwecks Begründung einer Ersatzberechtigung auf den geschädigten Dritten zu erstrecken.²⁸⁹⁾ Dieser darf insoweit nicht auf eine gesteigerte Rücksichtnahme des Schuldners vertrauen. Würde man anders entscheiden, würde dies eine unzulässige Durchbrechung der haftungsrechtlichen Systematik bedeuten.

3. Die Berücksichtigung eines Mitverschuldens des Gläubigers

Unzweifelhaft kann eine direkte Anwendung des § 254

289) Allein bei mittelbarer Stellvertretung ist insoweit wiederum eine Drittschadensliquidation möglich.

BGB²⁹⁰⁾ zu einer Kürzung der dem Dritten zustehenden Schadensersatzansprüche führen. Damit ist jedoch nach der herrschenden Ansicht der Geltungsbereich des § 254 BGB bei Schadensersatzansprüchen, die auf die personale Erweiterung von Schuldverhältnissen zurückgehen, noch nicht erschöpft. Man geht vielmehr weithin davon aus,²⁹¹⁾ daß der Schuldner dem Dritten ein Mitverschulden des Gläubigers auch dann entgegenhalten kann, wenn dieser weder Erfüllungsgehilfe noch gesetzlicher Vertreter des Geschädigten ist²⁹²⁾.

Eine vertiefende Erörterung dieser Problematik kann hier nicht erfolgen; kritisch ist jedoch zu der oben dargelegten Auffassung folgendes anzumerken: Sie war sicher solange konsequent, als der Geltungsgrund für die Erstreckung von Schutzpflichten auf Dritte in einem echten Vertrag zugunsten Dritter gesehen wurde;²⁹³⁾ § 334 BGB war anwendbar; dem Dritten konnten nicht mehr Rechte zustehen als dem Vertragsgläubiger. Sie ist ebenso sicher nicht haltbar, wenn die Drittersatzberechtigung als Folge der Verletzung eines einheitlichen gesetzlichen Schutzverhältnisses angesehen wird.²⁹⁴⁾ Insoweit ist das Schuldverhältnis zwischen dem Dritten und dem Schuldner von dem Verhalten des Gläubigers unabhängig; es beruht allein darauf, daß der Geschädigte dem Schädiger Vertrauen entgegengebracht hat.

Aber auch wenn man sich der heute überwiegend vertretenen Auffassung²⁹⁵⁾ zum Geltungsgrund für die Erstreckung von

290) Auf die Fragen, die insbesondere mit der Auslegung des § 254 Abs. 2 Satz 2 BGB verbunden sind, kann hier nicht näher eingegangen werden; vgl. dazu etwa Erman-Sirp Rdnr. 28 ff. zu § 254.

291) Vgl. etwa Staudinger-Kaduk Vorbem. 81 zu §§ 328-335 und Rdnr. 57 zu § 334; Erman-H.P. Westermann Rdnr. 13 zu § 328; Erman-Sirp Rdnr. 32 zu § 254; Palandt-Heinrichs Anm. 5 c zu § 254; Larenz, Bd. I, S. 169 FN. 2, § 17, II; Fikentscher S. 154, § 37, IV 4; Blomeyer S. 258 f., § 42, IV 3; Lorenz, JZ 1961, 170; BGHZ 33, 247, 250; BGH NJW 1965, 1757, 1759. A.A. Esser, Bd. 1, S. 399, § 54, I 2; Böhmer, JR 1965, 219, 220; Thiele, JZ 1967, 649, 654.

Schutzpflichten auf Dritte anschließt und davon ausgeht, daß sich der Drittschutz auf der Grundlage von Treu und Glauben aus dem Sinn und Zweck des zwischen Gläubiger und Schuldner geschlossenen Vertrages ergebe, ist eine Minderung des Drittersatzanspruchs als Folge eines Mitverschuldens des Gläubigers, der weder Erfüllungsgehilfe noch gesetzlicher Vertreter ist, nicht durchführbar. Dem Dritten steht zwar ein faktisch durch das Schuldverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Dritten bedingter Schutzanspruch zu. Dieser entsteht jedoch rechtlich gesehen originär in seiner Person. Entsprechendes gilt für die durch die Nebenpflichtverletzung ausgelösten Sekundärforderungen. Eine Abhängigkeit von der Rechtsstellung des Gläubigers dergestalt, daß dessen Mitverschulden Berücksichtigung finden könnte, darf nicht angenommen werden. Eine entsprechende Anwendung des § 334 BGB hat auszuschneiden.²⁹⁶⁾ Allein die Nähe zum Vertragspartner vermag eine Kürzung des Drittersatzanspruchs nicht zu rechtfertigen;²⁹⁷⁾ soll einem Geschädigten das Verschulden eines anderen zugerechnet werden, so bedarf es dafür einer gesetzlichen Grundlage.

292) Schon in der Anrechnung des Mitverschuldens insbesondere eines gesetzlichen Vertreters sieht Böhmer, JR 1967, 17 und JR 1965, 219 f. einen Gesichtspunkt, der gegen die Anerkennung des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte spreche; die Einbeziehung in den vertraglichen Schutzbereich wirke sich, da nach herrschender Ansicht (vgl. BGHZ 9, 316, 319; 24, 325, 327) nicht nur vertragliche Ansprüche gemindert werden, zu Lasten des Dritten aus.

293) Vgl. OLG Breslau JW 1930, 3243, 3244.

294) Siehe dazu Thiele, JZ 1967, 648, 654.

295) Vgl. dazu schon oben in diesem Abschnitt, VI D 1, S. 286 ff. und VI D 2a, S. 292, insb. FN. 228, 229.

296) So insbesondere Esser, Bd. 1, S. 399, § 54, I 2.

297) So aber Larenz, Bd. I, S. 169 FN. 2, § 17, II.

Eine sachgerechte Lösung läßt sich nur dadurch erreichen, daß man den schädigenden Schuldner und den mitschädigenden Gläubiger als Gesamtschuldner haften läßt. Wurde der Dritte von zwei Schädigern verletzt, so gebührt ihm der Vorteil zweier auf das gleiche Interesse gerichteter Ansprüche; er darf nicht allein deshalb, weil er als Familienangehöriger in den Schutzbereich eines Schuldverhältnisses einbezogen ist, durch die Berücksichtigung eines fremden Verursachungsbeitrages als Mitverschulden benachteiligt werden. Im übrigen hat nicht er, sondern der schädigende Gläubiger, der als Gesamtschuldner für den vollen Schaden aufzukommen hat, das Risiko der Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu tragen.

3. Abschnitt

ZUR SYSTEMATIK DES DRITTSCHADENSAUSGLEICHS

Im Rahmen der Weiterentwicklung des Schadensersatzrechts des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, wie sie gegenwärtig in Rechtsprechung und Lehre zu beobachten ist, werden im wesentlichen zwei in entgegengesetzter Richtung liegende Ziele verfolgt; Einerseits ist man bestrebt, den Bereich auszudehnen, innerhalb dessen ein Schädiger dem in dessen Rechtssphäre betroffenen Anspruchsteller für die negativen Auswirkungen einer Handlung bzw. einer in erlaubter Weise gesetzten Gefahr einzustehen hat. Andererseits finden sich Bemühungen, den so geschaffenen Verantwortungsbereich durch Heranziehung haftungsbeschränkender Gesichtspunkte - wie sie etwa die Grundsätze darstellen, die bei Schädigungen im Zusammenhang mit gefahrgeneigten Arbeiten zur Anwendung gelangen - wieder zu begrenzen und insoweit auch der Interessenlage des Schädigers Rechnung zu tragen.

Die bisherigen Ausführungen waren unter anderem dazu bestimmt, einen Teilbereich der rechtlichen Erwägungen darzustellen, mit deren Hilfe eine Erweiterung der Einstandspflichten, die einen Schädiger treffen können, angestrebt wird: Es waren, ausgehend von der Rechtslage im Zweipersonenverhältnis, die Möglichkeiten aufzuzeigen, die zur Verwirklichung eines Drittschadensausgleichs zur Verfügung stehen; dabei mußte denjenigen Fallgestaltungen besondere Aufmerksamkeit zukommen, bei denen, im Widerspruch zur grundsätzlichen ersatzrechtlichen Systematik, die Ersatzpflicht des Schädigers auch auf an sich nicht auszugleichenden mittelbaren Schaden erstreckt wurde.

1) Auf diese wechselseitigen Beziehungen zwischen Bestrebungen mit dem Ziel einer Haftungsausdehnung und solchen in Richtung einer Haftungsbeschränkung weist - ausgehend von der Darlegung der für eine Haftungsbegrenzung zur Verfügung stehenden Möglichkeiten - insbesondere auch Rother hin; vgl. a.a.O. etwa S. 287.

Ein näheres Eingehen auf die Anstrengungen, die unternommen werden, um den Umfang des im Einzelfall zu ersetzenden Schadens als Folge eines gewandelten Verständnisses des Begriffs des Vermögensschadens zu erweitern, mußte dagegen unterbleiben.²⁾

Im folgenden gilt es nun, nach einer Antwort auf die Frage zu suchen, ob und inwieweit sich hinter der Vielzahl der im bisherigen Verlauf der Arbeit aufgezeigten Drittschutzmöglichkeiten ein System erkennen läßt. Auszugehen ist dabei von einer Differenzierung: Denn ohne Zweifel kann man zwar den Drittschadensausgleich nach formalen Gesichtspunkten systematisieren; im Rahmen eines solchen Vorgehens gelangt man dann etwa zu jenen fünf oben³⁾ dargestellten und für den Aufbau der vorhergehenden Ausführungen maßgebenden Ersatzwegen.

Dieser Erfassung der konstruktiven Möglichkeiten eines ersatzrechtlichen Drittschutzes kann jedoch im Rahmen der eigentlichen und im folgenden angestrebten Systembildung nur zweitrangige Bedeutung zukommen; denn sie sagt nichts darüber aus, warum im Einzelfall einem Dritten eine Ersatzmöglichkeit eröffnet wird. In erster Linie gilt es daher vielmehr, sich mit den Ursachen dafür auseinanderzusetzen, daß man - um den Schaden eines Dritten ausgleichen zu können - überhaupt auf einen dieser fünf Ersatzwege zurückgreift.

2) Vgl. zu diesem Problemkreis aus neuerer Zeit etwa BGH NJW 1975, 40 ff. In dieser Entscheidung setzt sich der Bundesgerichtshof mit der (von ihm bejahten) Frage auseinander, ob bei mangelhaften Leistungen eines Reiseunternehmens Schadensersatz für nutzlos aufgewendete Urlaubszeit verlangt werden kann; vgl. dazu auch die kritischen Anmerkungen von Grunsky in NJW 1975, 609 ff.

3) Vgl. in diesem Teil, 2. Abschnitt, I A, S. 40 ff.

Im Vordergrund der nachfolgenden Erörterungen hat demnach der Versuch zu stehen, diejenigen Grundgedanken systematisch zu erfassen, die dazu führen, auch die Beeinträchtigung eines Dritten innerhalb der - oben jeweils aufgezeigten - Zulässigkeitsgrenzen ersatzrechtlich zu berücksichtigen; was - nebenbei bemerkt - zur Folge hat, daß das Schadensersatzrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches bezüglich des Kreises der Ersatzberechtigten demjenigen anderer Rechtsordnungen angeglichen wird, die einen allgemeinen Deliktstatbestand zur Verfügung haben⁴⁾. Im weiteren Verlauf wird deshalb insbesondere auf folgende Fragenkomplexe einzugehen sein: Handelt es sich bei den einzelnen Drittschutzformen, wie sie oben als zulässig angesehen wurden, um Rechtsinstitute, die jeweils dort geschaffen werden, wo man dies im Einzelfall für notwendig erachtet, ohne daß dabei ein einheitlicher gedanklicher Ausgangspunkt und in ihrem Verhältnis zueinander ein innerer Zusammenhang bestehen? Oder aber lassen sie sich auf allgemeine Prinzipien zurückführen, die ein Gesamtsystem zu ergeben vermögen, innerhalb dessen sie - im Einzelfall allein in der konkreten Ausgestaltung differierend - als Ausprägungen eines oder mehrerer Rechts- oder zumindest Billigkeitsgedanken erscheinen.

Will man die Erwägungen sachgerecht erfassen, die dazu führen, bezüglich eines Drittwirkungsschadens eine Ersatzmöglichkeit zu eröffnen, so muß den Ausgangspunkt aller Überlegungen ein Vergleich der einzelnen Drittschutzformen mit dem gesetzlich vorgegebenen Ausgleichssystem bilden. Besondere Bedeutung kommt dabei neben dem Enumerationsprinzip⁵⁾ - außerhalb der vertraglichen Haftung besteht ein *numerus clausus* der geschützten Rechtsgüter - dem Dogma vom Gläubigerinteresse⁶⁾ zu; denn nach diesem wird an sich nur der Schaden desjenigen ersetzt, der in ersatzrechtlich relevanter Weise verletzt, in dessen Rechts-

4) Vgl. im 1. Teil, III F, S. 10 und etwa auch v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, S. 113.

5) Vgl. zu ihm oben im 1. Teil, III B, S. 6 f.

6) Siehe dazu oben im 1. Teil, III A, S. 6.

sphäre mithin ein haftbar machender Tatbestand verwirklicht ist.

I. Die drei Ebenen des Drittschadensausgleichs

Betrachtet man die oben im einzelnen dargestellten Ersatzberechtigungen eines Dritten unter diesem Blickwinkel, so gelangt man, stellt man allein auf das Verhältnis des Dritten zum Schädiger ab, zu dem Ergebnis, daß sich der Ausgleich von Drittbeeinträchtigungen auf drei Ebenen vollziehen kann. Ausgehend davon, daß der Dritte dem Schädiger gegenüber entweder als unmittelbar oder aber als nur mittelbar beeinträchtigt erscheint, ergibt sich nämlich folgendes:

(1) Zum einen besteht die Möglichkeit, daß dem Dritten als unmittelbar Geschädigtem ein eigener Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger zusteht, ohne daß eine Durchbrechung der haftungsrechtlichen Systematik stattfinden würde - so aber unten Ziff. (2) - oder seine Voraussetzungen erst durch eine Umgehung bzw. Außerkraftsetzung einzelner gesetzlicher Bestimmungen - so aber unten Ziff. (3) - geschaffen werden müßten.⁷⁾ Der Dritte ist in haftungsbegründender Weise verletzt; die sonstigen Anforderungen an eine Ersatzpflicht des Schädigers sind erfüllt. Da kein Unterschied zum Schadensausgleich im Zweipersonenverhältnis besteht, ergibt sich in Fällen, in denen ein Dritter in dieser Weise von einem Schadens- bzw. Verletzungsereignis mitbetroffen wird, auch keine drittschadensspezifische Problematik; im Grunde ist es überflüssig, von dem Anspruchsteller als einem "Dritten" zu sprechen.⁸⁾

(2) Zum anderen kann sich der Ausgleich einer Drittbeeinträchtigung aber auch als solcher eines mittelbaren Schadens, also einer Einbuße, die nach der Systematik des Gesetzes an sich keine schadensersatzrechtliche Wieder-

7) Das ist etwa beim Ersatzanspruch des Schockgeschädigten zu beobachten.

8) Vgl. dazu auch schon oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, II A 1 g, S. 66; im übrigen wird hierauf zurückzukommen sein.

gutmachungspflicht begründet, darstellen. Er kann einerseits auf einer - insoweit kraft Gewohnheitsrechts zulässigen - Durchbrechung der haftungsrechtlichen Systematik beruhen.⁹⁾ Andererseits vermögen sich diese Ersatzmöglichkeiten aber auch aus der Benutzung vom Gesetz offengelassener "Umwege" zu ergeben;¹⁰⁾ diese "Umwege" können dabei u.a. auch in der Geltendmachung eigener nicht auf Leistung von Schadensersatz gerichteter Ansprüche, also etwa solcher aus § 812 BGB oder § 426 BGB, bestehen. Der Frage, welche Schlußfolgerungen sich aus dieser Zweispurigkeit ziehen lassen, soll im weiteren Verlauf nachgegangen werden.

(3) Stellt sich das zuletzt aufgezeigte Vorgehen als genaues Gegenteil zu dem oben Ziff. (1) angesprochenen dar, so ist die dritte Ebene eines möglichen Drittschutzes als Mittelweg anzusehen, der zwischen diesen beiden grundlegenden Ausgleichsformen verläuft: Auf ihr wird nämlich die Möglichkeit eröffnet, unmittelbaren, somit nach der haftungsrechtlichen Systematik grundsätzlich ersatzfähigen Schaden auszugleichen, obwohl das Deliktsrecht in seiner gesetzlichen Ausgestaltung, etwa durch ungünstige Regeln über die Beweislastverteilung oder die Gehilfenhaftung bzw. die Verjährung im Einzelfall eine Wiedergutmachung gerade auszuschließen scheint.¹¹⁾

Die Erwägungen, die auf den verschiedenen Drittschutzebenen zur Bildung bzw. Anerkennung der vielfältigen oben dargestellten Rechtsinstitute und Ersatzmöglichkeiten und damit zumindest in Teilbereichen zu einer Durchbrechung des Dogmas vom Gläubigerinteresse geführt haben und die im Einzelfall schon dargestellt wurden, sollen im folgenden zusammenschauend noch einmal aufgezeigt werden. Im Anschluß dar-

9) So etwa bei der Drittschadensliquidation bei mittelbarer Stellvertretung; vgl. dazu oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, VI C 1a aa, S. 246 ff.

10) Das ist etwa beim Ausgleich der Beeinträchtigungen der Fall, die dem Arbeitgeber entstehen, der dem vom Inanspruchgenommenen schuldhaft verletzten Arbeitnehmer den Lohn fortzahlt.

11) Als Beispielsfälle sind hier die Grundsätze zur Produzentenhaftung und der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte zu nennen.

an wird zu erörtern sein, ob sich aus diesen Einzelerwägungen möglicherweise gemeinsame Grundgedanken ableiten lassen, die für alle Drittschutzformen Geltung zu beanspruchen vermögen.

II. Allgemeine Grundsätze des Drittschutzes in der Form des Ersatzes unmittelbaren Schadens

Bei der Untersuchung der Fallgestaltungen, bei denen ein Dritter durch das Fortwirken eines Schadens- bzw. Verletzungsereignisses in eigenen deliktsrechtlich geschützten Rechtsgütern oder in eigenen Vertragsrechten gegen den Schädiger verletzt wurde, zeigte sich die gleiche Problemlage wie bei der Erörterung des Zweipersonenverhältnisses: Als ersatzberechtigt konnte der Drittbetroffene nur dann angesehen werden, wenn Verletzung und Schaden einer Handlung des Inanspruchgenommenen zurechenbar waren bzw. - im Rahmen der Gefährdungshaftung - als typische Verwirklichungen einer in erlaubter Weise gesetzten Gefahr angesehen werden konnten; nur für solche Schockschäden¹²⁾ bzw. solche Schäden bei der Verfolgung eines Schädigers¹³⁾ oder einem hilfreichen Eingreifen¹⁴⁾, die zurechenbar, d.h. in haftungsrechtlich relevanter Weise verursacht waren, vermochte der Dritte Ersatz zu erlangen.¹⁵⁾

Eine drittschadensspezifische Problematik ergibt sich folglich beim Ersatz unmittelbarer Schäden eines Dritten nicht. Die Tatsache, daß sich als ein Glied in der zum Schaden des Dritten führenden Ursachenkette ein Schadensereignis befindet, das in einer von der des Dritten verschiedenen Rechtssphäre eintritt, erlangt allein als eines der Kriterien Bedeutung, die im Rahmen der für jeden Einzelfall gesondert vorzunehmenden Adäquanz- und Schutzzweckprü-

12) Vgl. dazu oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, II A 1, S. 47 ff.

13) Vgl. dazu oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, II A 4 b, S. 92 f.

14) Vgl. dazu oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, II A 4a, S. 88 ff.

15) Vgl. zusammenfassend zur Zurechenbarkeit als Voraussetzung für die Haftung im Zweipersonenverhältnis oben in diesem Teil, 1. Abschnitt, IV, S. 37 f.

fung¹⁶⁾ zu berücksichtigen sind; lediglich die Entscheidung darüber, ob ein Schaden noch als vom Willen beherrschbare Handlungsfolge angesehen werden kann, die durch die vom Schädiger verletzte Pflicht verhindert werden sollte, vermag davon abzuhängen.

Diese grundsätzliche Übereinstimmung zwischen dem Zwei- und dem Mehrpersonenverhältnis, soweit es den Ausgleich unmittelbaren Schadens angeht, bleibt auch in den Fällen erhalten, in denen eine notwendige Drittbeteiligung vorliegt, in denen also die auszugleichenden Beeinträchtigungen nur in der Person eines Dritten eintreten können. Dies soll an dem Beispiel des eigenen Schadensersatzanspruchs des Dritten, den dieser zum Zwecke des Rückgriffs¹⁷⁾ gegen den primär verpflichteten Schädiger geltend macht, verdeutlicht werden: Der Arbeitgeber, der - etwa nach § 278 BGB - für einen Schaden einzustehen hat, den sein Arbeitnehmer einem Dritten zugefügt hat, nimmt diesen Schädiger auf der Grundlage einer Arbeitsvertragsverletzung¹⁸⁾ auf Ersatz des koinzidierenden Haftungsinteresses in Anspruch; auch hier kommt es für den Erfolg dieses Ersatzbegehrens entscheidend darauf an, ob der umgesetzte - Schaden des Arbeitgebers, der insoweit dem Arbeitnehmer gegenüber unmittelbar geschädigt ist, in haftungsrechtlich relevanter Weise verursacht ist. Weitergehende oder andersartige Anforderungen dürfen nicht gestellt werden.

-
- 16) Darauf, welche Gesichtspunkte dabei im einzelnen zu berücksichtigen sind, soll hier nicht noch einmal eingegangen werden; vgl. dazu an den entsprechenden Stellen der bisherigen Ausführungen, für die Schockschadensfälle etwa in diesem Teil, 2. Abschnitt, II A 1d, S. 61 f.
- 17) Vgl. dazu, daß jeder Rückgriff notwendig ein Dreipersonenverhältnis voraussetzt, oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, V A 1-3, S. 155 ff.
- 18) Daneben kommen auch, sollte ein Gesamtschuldverhältnis vorliegen, die insoweit kongruenten (vgl. oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, III C 2 b, c, S. 116 ff.) Rückgriffsberechtigungen aus § 426 BGB in Betracht; diese können also ebenfalls auf den Ausgleich eines unmittelbaren Schadens gerichtet sein.

Darüber hinaus bestehen bezüglich der Ersatzberechtigungen eines Dritten auch dort keine Unterschiede zum Zweipersonenverhältnis, wo der Feststellung der unmittelbaren Schädigung die Anerkennung einer deliktsrechtlich nicht ausdrücklich geschützten Rechtsposition als sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB vorauszugehen hat. Denn sowohl im Zwei- als auch im Mehrpersonenverhältnis ist Voraussetzung dafür, daß ein Gewerbetreibender oder ein Treugeber kraft eigenen Rechts zum Schadensersatz berechtigt sein kann, die Anerkennung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb¹⁹⁾, des Anwartschaftsrechts²⁰⁾ und des Rechts des unbedingt verfügenden Treugebers²¹⁾ als deliktsrechtlich geschützte Rechtspositionen.²²⁾ Und auch der Umfang, in dem bei einem Eingriff in diese Rechtsstellungen Drittschäden zu ersetzen sind, richtet sich nach den gleichen allgemeinen Voraussetzungen, wie sie für das Zweipersonenverhältnis maßgebend sind.

Letzteres gilt im Übrigen auch in den Fällen, in denen erst die Übernahme einer deliktsrechtlichen Handlungspflicht durch den Schädiger die Möglichkeit eröffnet, diesen dem Dritten gegenüber als aus § 823 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet anzusehen. In ihnen ist der Dritte zwar in deliktsrechtlich geschützten Rechtsgütern und damit unmittelbar verletzt; die deliktsrechtliche Pflichtigkeit des Schädigers dem in dieser Weise betroffenen Dritten gegenüber bedarf aber einer besonderen Rechtfertigung. Diese ergibt sich nach der hier vertretenen Ansicht aus einem Vertrauensverhältnis.²³⁾

19) Vgl. oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, II A 2c, S. 71 ff.

20) Vgl. oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, VI C 1b bb, S. 257.

21) Vgl. oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, VI C 1b bb, S. 258 f.

22) Auf die dem zugrundeliegenden Erwägungen wird sogleich zurückzukommen sein.

23) Vgl. dazu ausführlich oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, II A 1 d, S. 56 ff.

Steht der Ersatz eines unmittelbaren Schadens in Frage, der in der Person eines Dritten entstanden ist, so bleibt zu erwägen, ob für die Entscheidung über seine Ersatzfähigkeit nicht auch auf Billigkeitserwägungen zurückgegriffen werden kann.²⁴⁾ Will man über die Erforderlichkeit eines Drittschadensausgleichs in der Form des Ersatzes unmittelbaren Schadens nach Treu und Glauben befinden, so hat man jedoch zu differenzieren: Soweit es sich darum handelt, die Frage nach der haftungsrechtlich relevanten Verursachung zu beantworten, finden Billigkeitserwägungen keine Berücksichtigung:²⁵⁾ Ob die Schäden des durch ein Unfallgeschehen Geschockten zu ersetzen sind, ist nicht davon abhängig, ob ein Ausgleich im Einzelfall als billig erscheint. Besondere Umstände des jeweiligen Schadensereignisses wie etwa die Tatsache, daß ein Familienangehöriger verletzt worden ist oder daß es sich um einen schweren Unfall handelt, vermögen allein im Einzelfall das Urteil über die Adäquanz zu beeinflussen. In den Schockschadensfällen z.B. wird sie zwar regelmäßig dann zu bejahen sein, wenn zwischen Verletztem und schockgeschädigtem Dritten enge verwandtschaftliche Beziehungen bestehen, dagegen im Normfall dort nicht festgestellt werden können, wo etwa ein erst nach dem Unfall hinzukommender, dem Opfer in keiner Hinsicht nahestehender Passant einen Schockschaden erleidet. Eine allgemeine Aussage über den Personenkreis, dem Schadensersatzansprüche wegen Schockschäden zustehen können, läßt sich jedoch nicht treffen. Die Entscheidung kann vielmehr nur an den Besonderheiten des jeweiligen konkreten Falls ausgerichtet werden. Der Anspruch des Drittgeschädigten hängt insoweit in völliger Kongruenz zum Zweipersonenverhältnis allein davon ab, ob Verletzung und Schaden noch als vom Willen des Inanspruchgenommenen beherrschbar erscheinen oder nicht.²⁶⁾ Daß für den Schädiger - etwa einen Autofahrer - eine Haftpflichtversicherung besteht,

24) Vgl. dazu etwa v. Hippel, NJW 1965, 1890, 1892, der im Rahmen der Schockschadensproblematik auf den Gedanken einer "angemessenen Risikoverteilung" abstellt, und dazu oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, II A 1d, S. 57 f.

25) Vgl. dazu schon oben in diesem Teil, 1. Abschnitt, I B, S. 19.

26) Siehe dazu ausführlich in diesem Teil, 2. Abschnitt, II A 1d, S. 56 ff.

erlangt dabei keine Bedeutung. Dies vermag, falls eine entsprechende Ersatzpflicht begründet ist, allein die Höhe des Schmerzensgeldanspruchs zu beeinflussen.

Gerechtigkeitsüberlegungen, die nicht von der Frage nach der haftungsrechtlich relevanten Verursachung mit ihrem oben beschriebenen Inhalt mitumfaßt werden, vermögen allein dort Raum zu beanspruchen, wo man feststellen will, ob ein deliktsrechtlich nicht ausdrücklich geschütztes Rechtsgut den Anforderungen genügt, die es zu einem "sonstigen" Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB und damit den Betroffenen zu einem unmittelbar Geschädigten machen; darauf, ob ein Zwei- oder ein Mehrpersonenverhältnis vorliegt, kommt es hierbei nicht an. Dieses Vorgehen hat dann aber allein zur Folge, den betriebs-, d.h. gegenstandsbezogenen Eingriff in den Gewerbebetrieb ebenso wie die Beeinträchtigung der Stellung des Treugebers bzw. Anwartschaftsberechtigten als einer Verletzung der deliktsrechtlich ausdrücklich geschützten Rechtsgüter gleichwertig anzusehen, diese Gleichwertigkeit dagegen z.B. bei der Beeinträchtigung bloßer Forderungsrechte zu leugnen; denn insoweit unterbleibt auch bei vergleichbaren Fallgestaltungen ein Deliktsschutz. Es fehlt - im Gegensatz zu den Beeinträchtigungen eines Gewerbebetriebs als solchen, eines Anwartschaftsrechts oder des Rechts des Treugebers - an einer auszufüllenden Lücke im Gesetz und damit an einer notwendigen Voraussetzung für eine Rechtsfortbildung.²⁷⁾ Zu verwirklichen ist der Deliktsschutz an sich nicht geschützter Rechtsgüter allein dann, wenn sonst ein Gerechtigkeitsverstoß anzunehmen wäre,²⁸⁾ wenn also ein Nichtgeschütztsein als Regelungslücke erscheint, d.h., wenn "eine Regel fehlt, deren Vorhandensein nach dem Grundgedanken und der immanenten Teleologie der gesetzlichen Regelung erwartet werden kann"²⁹⁾. Ob dabei, wie in dem hier fraglichen Zusammenhang, das Mehrpersonenverhältnis in Frage

27) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 350 ff.

28) In den Stromkabelfällen (vgl. oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, II A 2c, S. 71 ff.) konnte deshalb ein haftungsbegründender Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht ange-

steht, für das die Anerkennung weiterer deliktsrechtlich geschützter Rechtsgüter besondere Bedeutung erlangt,³⁰⁾ oder aber nur das Zweipersonenverhältnis, macht - um dies noch einmal zu betonen - keinen grundsätzlichen Unterschied.

Zusammenfassend ist folgendes festzuhalten: Die erste Ebene eines Drittschadensausgleichs, der Ersatz unmittelbaren Schadens eines Dritten, ist von denselben Prinzipien geprägt, die für den Schadensersatz im Zweipersonenverhältnis - auf dieses ist das ersatzrechtliche System des Bürgerlichen Gesetzbuches zugeschnitten - gelten. Der Dritte ist ersatzberechtigt, weil er in gleicher Weise betroffen ist wie ein unmittelbar Verletzter im Zweipersonenverhältnis: Auch der Schaden des Dritten beruht auf der Beeinträchtigung haftungsrechtlich geschützter Rechtsgüter. Der Drittschutz und damit die Gleichstellung des Dritten mit dem Ersatzberechtigten im Zweipersonenverhältnis stellen sich als Bestandteil des schadensersatzrechtlichen Systems dar. Dies gilt auch dann, wenn weder ein vertraglicher Anspruch des Dritten noch ein deliktsrechtlich ausdrücklich geschütztes Rechtsgut beeinträchtigt ist. Eine außervertragliche Haftung kann - ebenso wie im Zweipersonenverhältnis - dennoch begründet sein, wenn die Rechtsposition, in die eingegriffen worden ist, einer mit deliktsrechtlichem Schutz ausgestatteten dergestalt entspricht, daß man auch ihre Unterschützstellung - für das Zwei- wie für das Mehrpersonenverhältnis - vom Gesetz erwartet.

Und auch die Zurechenbarkeit von haftungsbegründender Verletzung und Schaden zur Handlung des Verursachers ist - im Zwei- wie im Mehrpersonenverhältnis - nach den gleichen Grundsätzen festzustellen: allein die im Einzelfall zu berücksichtigenden Gesichtspunkte differieren.

nommen werden; es wird nicht in einer Weise in den angeschlossenen Gewerbebetrieb eingegriffen, die einer Eigentumsverletzung entsprechen würde; vielmehr wird gerade ein vom deliktsrechtlichen Schutz ausdrücklich ausgenommenes obligatorisches Recht beeinträchtigt.

29) Larenz, Methodenlehre, S. 354.

Drittschadensspezifische Probleme ergeben sich nicht; ein besonderes Prinzip, das diese Ebene des Drittschadensersatzes von den Regelfällen des Schadensersatzes abheben würde, besteht nicht. Verglichen mit den im folgenden zu untersuchenden Drittersatzmöglichkeiten handelt es sich beim Ersatz des unmittelbaren Schadens eines Dritten nicht um Drittschadensersatz im eigentlichen Sinne; im Grunde liegt vielmehr nur eine bestimmte Form des Schadensersatzes im Zweipersonenverhältnis vor; sie ist dadurch gekennzeichnet, daß sich in der Ursachenkette, die zu dem zu ersetzenden Schaden führt, ein Schadensereignis befindet, daß einen vom Anspruchsteller verschiedenen Rechtsträger trifft.

III. Grundprinzipien des Drittschutzes in der Form des Ersatzes unmittelbaren Schadens unter Um- gehung einzelner gesetzlicher Bestimmungen

Dieser Drittschutzebene, die oben³¹⁾ als Mittelweg gekennzeichnet wurde, sind im wesentlichen zwei Ersatzformen zuzuordnen: einerseits der deliktsrechtliche Schadensersatzanspruch des Drittgeschädigten bei der Produzentenhaftung, andererseits die vertragliche Ersatzberechtigung beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte. Die Ausgangslagen, die zur Bildung der einen wie der anderen Drittschutzform geführt haben,³²⁾ stimmen in weitem Umfange überein. Sowohl bei der Produzentenhaftung als auch bei der Anerkennung des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte sah man die gesetzliche Ausgestaltung des Deliktsrechts für gewisse Fälle der Drittbeteiligung an einem Schadens- bzw. Verletzungsereignis - insoweit handelt es sich hier, im Gegensatz zu oben II., um eine drittschadensspezifische Problematik - als unzulänglich an: Sowohl der Endabnehmer, der durch einen Fehler einer Ware geschädigt wurde, als

30) Hierauf weist v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, S. 106 hin.

31) Vgl. in diesem Abschnitt, I., S. 318 unter Ziff. (3).

32) Vgl. dazu etwa für den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, VI B, S. 236 ff.

auch z.B. der Familienangehörige eines Mieters, der infolge einer Verletzung des Mietvertrages durch den Vermieter einen Schaden erlitt, waren - stellten sie Ersatzansprüche - einerseits in Beweisschwierigkeiten; andererseits wurden sie durch die deliktsrechtliche Regelung der Gehilfenhaftung - verglichen mit einem Vertragsgläubiger - benachteiligt.

Um Abhilfe zu schaffen, griff man im Rahmen der Produzentenhaftung - nachdem man durch die Aufstellung umfassender Verkehrssicherungspflichten die Voraussetzungen für einen effizienten Drittschutz geschaffen hatte³³⁾ - auf eine umfassende Beweislastumkehr zurück;³⁴⁾ weiterhin eröffnete man mit der Anerkennung des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte dem Fernwirkungsgeschädigten, der in den Schutzbereich eines Vertrages einbezogen ist, eine eigene vertragliche Ersatzberechtigung. Deren rechtliche Ausgestaltung entspricht, soweit es die Beweislastverteilung angeht, in etwa der des Deliktsanspruchs des Endabnehmers bei der Produzentenhaftung; ebenso wie sich der schädigende Vertragsschuldner nach § 282 BGB entlasten muß, hat der Produzent zu beweisen, daß ihn an dem Schaden kein Verschulden trifft. Darüber hinaus decken sich in der Praxis die Bereiche weitgehend, innerhalb derer ein Schädiger für einen Gehilfen einzustehen hat; die strengen Anforderungen, die an den Entlastungsbeweis nach § 831 BGB gestellt werden, nähern diese Bestimmung in ihrer Auswirkung dem § 278 BGB an: es besteht eine umfassende Einstandspflicht des Geschäftsherrn.

Man könnte erwägen, die Ersatzberechtigungen beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte der ersten - oben³⁵⁾ dargestellten - Drittschutzebene zuzuordnen. Denn auch dort

33) Auf die Bedeutung der Verkehrssicherungspflichten für den Drittschutz hat insbesondere v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, S. 71 ff. hingewiesen. Erst ihre Anerkennung läßt den Schädiger als auch dem Dritten gegenüber handlungspflichtig erscheinen.

34) Vgl. dazu oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, VI C 1e aa, S. 281 f.

35) Vgl. in diesem Abschnitt, II, S. 319 ff.

wurden, wie etwa mit dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb oder dem des bedingt oder unbedingt verfügenden Treugebers, Rechtsstellungen anerkennt, deren Verletzung zu einem Schadensersatzanspruch führte. Die insoweit erfaßten Sachverhalte unterscheiden sich jedoch grundlegend von denjenigen, die zur Bildung des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte geführt haben. Denn dort ist - im Zwei- wie im Mehrpersonenverhältnis - der Betroffene ursprünglich nur mittelbar geschädigt; er ist, da er mit dem Schädiger auch nicht vertraglich verbunden ist, in haftungsrechtlich an sich nicht geschütztem Vermögen beeinträchtigt. Erst die Anerkennung weiterer sonstiger Rechte, also eine Abschwächung des Enumerationsprinzips machen ihn zum unmittelbar Geschädigten. Hier dagegen ist er von vorneherein mit einem unmittelbaren Schaden belastet. Dort geht es, unabhängig davon, ob ein Anspruch im Zwei- oder Mehrpersonenverhältnis geltend gemacht wird, um die Feststellung einer haftungsbegründenden Rechtsverletzung; hier steht, auch wenn dies auf der Zuerkennung eigener vertraglicher Rechte basiert, die Ausschaltung solcher gesetzlicher Bestimmungen im Vordergrund, die die Entstehung eines Ersatzanspruchs gerade eines Dritten aus sonstigen Gründen verhindern. Mit Hilfe des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte können - ohne Rücksicht auf seine konstruktive Grundlage - eben gerade keine reinen Vermögensschäden ersetzt werden,³⁶⁾ wie dies mit der Anerkennung etwa des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB beabsichtigt ist.

Vielmehr haben der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte und die deliktsrechtliche Lösung der Produzentenhaftung in Zielrichtung und Ausgangslage so viele Gemeinsamkeiten, daß sie auf einer eigenen Drittschutzebene zusammenzufassen sind. Das zeigt sich im übrigen auch darin, daß es nicht an Versuchen gefehlt hat, den Schutz des Endabnehmers auf vertraglicher Grundlage zu verwirklichen; neben der quasi-

36) Vgl. dazu oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, VI D 2c, S. 306 ff.

vertraglichen Lösung, dem Vertrauensgrundsatz und der Drittschadensliquidation wurde dabei insbesondere auch auf den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte zurückgegriffen.³⁷⁾

Stellt man sich nun die Frage, von welchen Grundgedanken diese Drittersatzberechtigungen geprägt sind, so erscheint die gesamte Problematik allein als von Billigkeitserwägungen beherrscht. Diese Feststellung reicht jedoch nicht aus, um den diesen Drittschutzformen gemeinsamen systematisierenden Gesichtspunkt zu erfassen. Billigkeitsentscheidungen können sich an den verschiedensten Kriterien ausrichten. Will man die Grundlagen des hier angesprochenen Drittschutzes erfassen, so hat man sich auf diese Ansätze zurückzubesinnen. Seine Anerkennung beruht auf der Überlegung, daß einem Dritten dann eine Ersatzmöglichkeit zu eröffnen ist, wenn seine Stellung mit der eines in ersatzrechtlich relevanter Weise Verletzten im Zweipersonenverhältnis, also mit der eines Vertragspartners des Schädigers vergleichbar ist.

Das Schadensersatzrecht ist auch und gerade dazu bestimmt, einer sozialen Aufgabe zu dienen. Es ordnet Wiedergutmachung an und ermöglicht dadurch die Wahrung des Besitzstandes des einzelnen gegen Angriffe von außen. Wo sich die konkrete Ausgestaltung des Schadensersatzrechts als unsozial darstellt und damit zu Ungerechtigkeiten führt, d.h., wo sie - etwa durch eine ungünstige Beweislastverteilung - den Geschädigten im Einzelfall daran hindert, Rechte wahrzunehmen, die ihm nach der grundlegenden Systematik des Gesetzes zustehen, obwohl er in vergleichbarer Weise wie der Verletzte im Zweipersonenverhältnis betroffen ist, ist eine Korrektur erforderlich.³⁸⁾ Vom Gesetz nicht berücksichtigten Interessenverknüpfungen auf seiten des Geschädigten ist Rechnung zu tragen, wenn dadurch der Schädiger nicht unbillig belastet wird. Im einzelnen bedeutet dies:

37) Siehe hierzu zusammenfassend Palandt-Thomas Anm. 16 B, C zu § 823. Vgl. auch Canaris, JZ 1968, 494, 498ff.

38) Das Bestreben, soziale Ungerechtigkeiten zu verhindern, steht auch bei der in Aussicht genommenen Reform des § 831 BGB im Vordergrund; der Geschäftsherr soll nach den in Art. 1 Ziff. 8 des Referentenentwurfs niedergelegten Vorstellungen unbedingt für ein Verschulden des Gehilfen einstehen müssen. Vgl. dazu die Begründung zum Referentenentwurf etwa S. 98.

Eine gesetzliche Ausgestaltung des Schadensersatzrechts, bei der ein Dritter, der zwar unmittelbar geschädigt ist und der auch mit dem Verhalten des Schädigers in gleicher Weise wie ein ersatzberechtigter Vertragsgläubiger in Berührung kommt, der aber nicht am Vertrag beteiligt ist, sondern nur in engen Beziehungen zum Gläubiger steht, schlechter gestellt ist als dieser, wird der vorliegenden Interessenverknüpfung nicht gerecht. Eine Haftungsregelung wie etwa § 831 BGB darf nicht dazu führen, daß der Schädiger deshalb frei wird, weil er unter Verletzung der sich aus einem Vertrag ergebenden Pflichten nicht den Gläubiger, sondern nur einen Dritten, dessen Stellung der eines Gläubigers entspricht, in dessen deliktsrechtlich geschützten Rechtsgütern beeinträchtigt hat.³⁹⁾ Das gilt, obwohl es dabei insbesondere deutlich wird, nicht nur dann, wenn es - wie etwa beim Mietvertrag für eine Familienwohnung - mehr oder weniger dem Zufall überlassen ist, wer auf Gläubigerseite an dem Vertrag beteiligt ist, aus dem sich die Schuldnerpflichten ergeben. Es erlangt vielmehr immer dann Bedeutung, wenn Gläubiger und Dritter - etwa in einer Familie, in einem Betrieb oder auf Grund eines Obhutsverhältnisses für eine Sache - zu einer besonderen Interessen- bzw. Schutzgemeinschaft verbunden sind. Die Entlastungsmöglichkeit des § 831 BGB ist insoweit im Verhältnis zum Dritten als unbillig anzusehen.⁴⁰⁾ In einer Zeit zunehmender Arbeitsteilung und damit erweiterter Einschaltung von Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen darf nicht der Schutz desjenigen im Vordergrund stehen, der aus der in seinem Interesse geleisteten Tätigkeit anderer Vorteile zieht; vielmehr ist die ersatzrechtliche Position desjenigen zu stärken,

39) Dieser für Produzentenhaftung und Schutzwirkung entfaltenden Vertrag geltende Grundgedanke führt nicht dazu, daß die hier behandelten Drittschutzformen vertauschbar werden; wann im Einzelfall eine Einbeziehung in ein Vertragsverhältnis festgestellt werden kann, richtet sich vielmehr allein nach den oben dargestellten Voraussetzungen.

40) Die Regelung des § 831 BGB war immer schon umstritten; vgl. zusammenfassend zu der Diskussion vor Erlass des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Begründung zum Referentenentwurf S. 83 ff.

dessen Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten dadurch geschmälert werden. Das Gesetz muß - soll es eine gerechte Regelung darstellen - den gewandelten tatsächlichen Gegebenheiten angepaßt werden.

Eine Durchbrechung des Dogmas vom Gläubigerinteresse findet dabei nicht statt; der Dritte ist, da das Deliktsrecht nur in einzelnen Ausgestaltungen des Schadensersatzanspruchs korrigiert wird, als unmittelbar geschädigt anzusehen.

Beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte wird dem soeben Ausgeführten durch die Kriterien Rechnung getragen, die zur Abgrenzung des durch ihn geschützten Personenkreises aufgestellt wurden.⁴¹⁾ Ein nochmaliges Eingehen auf diese Gesichtspunkte erübrigt sich. Festzustellen bleibt an dieser Stelle allein, daß etwa die Familiengemeinschaft, die Eingliederung des Arbeitnehmers in einen Betrieb^{41a)} oder das Obhutsverhältnis des Gläubigers zu einer Sache des Dritten ausschlaggebend dafür waren, daß die Stellung des Dritten als vergleichbar mit der des Verletzten im Zweipersonenverhältnis anzusehen war. - Um Ungerechtigkeiten zu vermeiden waren folglich dem geschädigten Dritten Anspruchsmöglichkeiten einzuräumen, wie sie dem ersatzberechtigten Vertragspartner offenstehen. Die ersatzrechtliche Einzelbetrachtung hat der Berücksichtigung gemeinschaftlicher Verbundenheit, d.h. der Rücksichtnahme auf ein dadurch begründetes erhöhtes Schutzbedürfnis zu weichen.

Aber auch im Rahmen der Produzentenhaftung muß der oben herausgearbeitete Grundgedanke Geltung beanspruchen: Das Gesetz wird dort korrigierbar wo es keinen befriedigenden

41) Vgl. zu diesen oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, IV D 2a, b, S. 290 ff.

41a) Es kann insoweit dahinstehen, ob der Arbeitsvertrag als gemeinschaftsbegründender Vertrag anzusehen ist, der seine Parallele im Gesellschaftsvertrag und nicht im Kauf findet; so etwa Hueck-Nipperdey S. 129, § 22 II 1; hier ist allein auf die intensivierten Schutzbeziehungen abzustellen, die durch die Eingliederung in einen Betrieb entstehen und die mit § 618 BGB im Gesetz vorgezeichnet sind.

Interessenausgleich zwischen Schädiger und Drittschädigtem ermöglicht und deshalb zu sozialen Ungerechtigkeiten führt. Die Stellung des drittbetroffenen Endverbrauchers entspricht an sich der eines unmittelbar Verletzten im Zweipersonenverhältnis; dies muß auch bei der Ausgestaltung der Ersatzmöglichkeiten - zumal insoweit keine ungerechtfertigte Mehrbelastung des Schädigers eintritt - Berücksichtigung finden. Zur Verdeutlichung ein Beispiel: Der Hersteller liefert ein mangelbehaftetes Kraftfahrzeug an den Zwischenhändler und dieser weiter an den Endabnehmer; letzterer erleidet infolge des Fehlers einen Körperschaden. Dem Verbraucher müssen bezüglich dieses Mangel- folgeschadens die gleichen Rechte zustehen wie sie dem Vertragspartner des Herstellers zustehen würden, wäre dieser mit dem Wagen gefahren bzw. mit dem Käufer - etwa im Rahmen einer Probefahrt - mitgefahren und verletzt worden. Dieser aber wäre regelmäßig, zumindest dank der Beweislastverteilung des Vertragsrechts⁴²⁾, zum Ersatz berechtigt. Der Endabnehmer darf nicht deshalb wesentlich schlechter gestellt sein, weil es ihm, was der Gesetzgeber nicht bedacht zu haben scheint, infolge der mehrgliedrigen Handelsketten nicht möglich ist, mit einem für ein fehlerhaftes Produkt verantwortlichen Hersteller in vertragliche Beziehungen zu treten⁴³⁾, obwohl er in gleichem oder noch größerem Umfang als der Zwischenhändler durch eine mangelbehaftete Ware gefährdet ist. Der Hersteller hat im Gegensatz dazu in Rechnung zu stellen, daß er dritte Abnehmer schädigen und insoweit grundsätzlich ersatzpflichtig werden kann. Die wirtschaftlichen Folgen sind für ihn tragbar und kalkulierbar: Es wird ihm ein ungerechtfertigter Vorteil genommen, jedoch kein über den gesetzlichen Normalfall hinausgehender Nachteil aufgebürdet.

42) Deren Regelung enthält § 282 BGB; vgl. zu dem Anwendungsbereich dieser Vorschrift Palandt-Heinrichs Anm. 2 zu § 282.

43) Auch eine Ersatzberechtigung aus einem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte kommt insoweit nach herrschender und richtiger Ansicht nicht in Betracht; vgl. etwa Palandt-Heinrichs Anm. 2 b zu § 328; BGHZ 51, 91, 95 f. Der Endabnehmer ist weder in den Vertrag zwischen Lieferant und Wiederverkäufer miteinbezogen, noch verbindet ihn mit dem Hersteller ein gesetzliches Schuldverhältnis.

Es muß verhindert werden, daß der Dritte durch die gesetzliche Beweislastregelung jeden wirksamen Schutz gegen Produktionsfehler verliert. Der Produzent, in dessen Betrieb der geschädigte Endabnehmer keinen Einblick hat, schafft sich als Folge einer weitgehenden Industrialisierung, d.h. einer den ganzen Produktionsvorgang berührenden Arbeitsteilung ein solches - insbesondere beweismäßiges - Übergewicht gegenüber dem Geschädigten, daß ein Gegensatz zum gesetzlichen Leitbild entsteht, das gerade von der Chancengleichheit der Parteien, insbesondere im Prozeß, ausgeht.⁴⁴⁾ Diesen Widerspruch gilt es zu beseitigen; nicht die Begünstigung des produzierenden Unternehmers, sondern das Bestreben, eine ungerechtfertigte Benachteiligung des konsumierenden Abnehmers zu vermeiden, hat im Vordergrund zu stehen.⁴⁵⁾ Die Beweislastverteilung, wie sie für den Regelfall des Deliktsrechts besteht, darf nicht dazu führen, eine generelle Haftungsfreistellung des Produzenten zu ermöglichen und ihn damit gleichsam gegenüber drittgeschädigten Endabnehmern von der Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu befreien. Die Interessenlage beim Dritten ist vielmehr in der Weise zu berücksichtigen, daß diesem in gleichem Umfang Ansprüche gegen den Produzenten zugebilligt werden, wie sie dem Verletzten im Zweipersonenverhältnis zustehen. Die umfassende Beweislastumkehr⁴⁶⁾ stellt sich dafür als geeignetes Mittel dar: Sie eröffnet dem Dritten im Rahmen des Deliktsrechts Ersatzmöglichkeiten, die denjenigen entsprechen, die der Verletzte im Zweipersonenverhältnis auf vertraglicher Grundlage gegen den Produzenten geltend zu machen vermag. Sie ist als Verwirklichung der sich aus dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG ergebenden Forderung nach sozialer Gerechtigkeit anzusehen; auch das Schadensersatzrecht ist den tatsächlichen Gegebenheiten des Zusammenlebens in einer Industriegesellschaft anzupassen.

44) Dieser Grundgedanke wird allgemein als maßgebend angesehen; vgl. die Nachweise oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, VI C 1c aa, S. 282, FN. 198.

45) Eine ähnliche Problematik ergab sich im Zusammenhang mit Gerichtsstandsvereinbarungen; dort hat jedoch der Gesetzgeber mit der Gerichtsstandsnovelle vom 21.3.1974 korrigierend eingegriffen. Und auch die verschärften Anforderungen, die an die Gültigkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen gestellt werden, sollen ein Übergewicht der einen Vertragspartei über die andere verhindern.

46) Vgl. zu ihr oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, VI C 1e aa, S. 281 f.

Der Schutz des Abnehmers, der den Schaden, der ihm durch ein fehlerhaftes Produkt entsteht, nur in Ausnahmefällen - etwa bei unvermeidbaren Entwicklungsfehlern⁴⁷⁾ - im Interesse des Fortschritts für die Allgemeinheit selbst zu tragen hat, stellt eine Abkehr von einem weitgehenden wirtschaftlichen Liberalismus hin zur Verwirklichung eines Stücks sozialer Verantwortung dar. Die Tatsache, daß der Dritte, der eine gekaufte Sache bestimmungsgemäß verwendet und dabei geschädigt wird, als letztes Glied in einer Absatzkette eine Sonderstellung einnimmt, wird schadensersatzrechtlich berücksichtigt.

Allgemein läßt sich somit sagen: Die Fortentwicklungen des Vertrags- und des Deliktsrechts, die zu den hier zusammengefaßten Drittschutzformen geführt haben und mit denen - ohne das Dogma vom Gläubigerinteresse zu durchbrechen - die Nachteile der gesetzlichen Ausgestaltung des deliktsrechtlichen Schadensersatzanspruchs überwunden werden, haben ihren Ausgangspunkt in der Notwendigkeit, tatsächliche Gegebenheiten und Entwicklungen auch schadensersatzrechtlich zu berücksichtigen: Denn weder die Anspruchsmöglichkeiten des durch ein fehlerhaftes Produkt Geschädigten noch die desjenigen Drittbetroffenen, der in den Schutzbereich eines Vertrages einzubeziehen ist, können in der Form, in der sie sich aus dem Gesetz ergeben, der tatsächlichen Interessenlage gerecht werden. Die Verantwortlichkeit nur dem Vertragspartner gegenüber ist insoweit als nicht ausreichend anzusehen. Dem Dritten sind vielmehr die gleichen Rechte einzuräumen, wie sie dem in haftungsrechtlich relevanter Weise Verletzten im Zweipersonenverhältnis zustehen; dessen Stellung dem Schädiger gegenüber ist mit der des Dritten vergleichbar. Eine rein formale Betrachtungsweise vermag nicht mehr zu befriedigen: Sie kann weder dem Vorliegen einer Interessengemeinschaft auf seiten des Geschädigten - sei es die Familie, der Betrieb oder ein sonstiges Obhuts- oder Schutzverhältnis - noch dem erhöhten Schutzbedürfnis des Endverbrauchers, der von einem Zwischenhändler erwirbt, Rechnung tragen.

47) Vgl. dazu, daß insoweit mangels einer Gefährdungshaftung für mangelhafte Produkte der Produzent nicht haftet, etwa Palandt-Thomas Anm. 16 D c bb zu § 823.

IV. Grundprinzipien des Drittschutzes in der Form des Ersatzes mittelbaren Schadens

Sucht man nach den prinzipiellen Erwägungen, die auf dieser letzten Drittschutzebene zu einem ausnahmsweisen Ersatz mittelbaren Schadens und damit zu einer Durchbrechung oder zumindest Umgehung des Dogmas vom Gläubigerinteresse führen, so hat man die oben als zulässig angesehenen Drittersatzberechtigungen zu untergliedern.

Für den Ausgleich mittelbaren Schadens eines Dritten stehen vier Wege zur Verfügung:

Zum ersten ist dies der Ersatz mittelbaren Schadens kraft gesetzlicher Anordnung.⁴⁸⁾

Als zweites sind hier die gesamten Regreßmöglichkeiten zu nennen; auszunehmen sind nur die Fälle, in denen der Dritte, also derjenige, auf den sich der Schaden des primär Verletzten umgesetzt hat, diesen - z.B. auf der Grundlage einer Arbeitsvertragsverletzung - als koinzidierendes Haftungsinteresse ersetzt verlangen kann. Denn da der Dritte insoweit dem eigentlichen Schädiger gegenüber als unmittelbar beeinträchtigt erscheint, ist damit nicht der ausnahmsweise Ersatz mittelbaren Schadens beabsichtigt. Mit hier einzureihen ist dagegen der Drittschutz, der auf der Abtretung eines Schadensersatzanspruchs als stellvertretendes commodum an den mittelbar Geschädigten beruht.⁴⁹⁾

Zum dritten sind hier die ersatzrechtlichen Gestaltungen anzuführen, bei denen es die Geltendmachung eines koinzidierenden Haftungsinteresses, d.h., das Ineinandergreifen zweier Schadensersatzansprüche erlaubt, einen mittelbaren Schaden auf den ursprünglichen Schädiger abzuwälzen.⁵⁰⁾

48) Vgl. dazu ausführlich oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, IV, S. 144 ff.

49) Bedeutung erlangt diese Drittschutzform insbesondere für die Ersatzmöglichkeiten des mittelbar geschädigten Dritten bei obligatorischer Entlastung des Erstverletzten; vgl. dazu oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, VI C 1c cc, S. 261 ff.

Das Beispiel der Abwälzung von Verzögerungsschäden, die als Folge des Verzugs etwa mit einer Gattungsschuld in mehreren Rechtssphären ausgelöst worden sind, auf denjenigen, bei dem die Leistungsstörung ihren Ursprung hat, wurde schon des öfteren angesprochen.

Den vierten Weg endlich bildet die gewohnheitsrechtlich anerkannte Drittschadensliquidation bei mittelbarer Stellvertretung.⁵¹⁾

Da mittelbarer Schaden eines Dritten nach der gesetzlichen Systematik an sich keine Ersatzpflicht begründet, stehen alle diese Ausgleichswege, auch wenn sie sich auf im Gesetz vorgezeichnete Ersatzberechtigungen stützen, in einem gewissen Gegensatz zum haftungsrechtlichen Grundprinzip. Es fragt sich, welche grundsätzlichen Überlegungen dafür maßgebend sind, daß das Gebrauchmachen von diesen Drittschutzmöglichkeiten dennoch als zulässig angesehen wird.

In den Fällen, in denen der Gesetzgeber selbst Ausnahmen vom haftungsrechtlichen Prinzip normiert hat, lassen sich die insoweit zugrundeliegenden Erwägungen der Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches entnehmen. Sowohl bei den §§ 844, 845 BGB⁵²⁾ als auch bei § 1298 Abs. 1 Satz 1 BGB⁵³⁾ sah man einen Drittschutz als erforderlich an; ein Ersatzanspruch dürfte dort nicht versagt werden, "wo ihn das moderne Rechtsbewußtsein erfordere".⁵⁴⁾ Im einzelnen be-

50) Vgl. dazu eingehend oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, III, S. 109 ff.

51) Siehe zu dieser oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, IV C 1a, S. 239 ff.

52) Vgl. hierzu etwa Prot. II bei Mugdan, Bd. III, S. 1108 ff.

53) Siehe hierzu Mot. IV bei Mugdan, Bd. IV, S. 3 und Prot. IV bei Mugdan, Bd. IV, S. 678 f.

54) So Prot. II bei Mugdan, Bd. II, S. 1114.

deutet dies: Der Tatsache, daß ein Schadensereignis gerade in einer Familiengemeinschaft zu Fernwirkungsschäden führt, muß Rechnung getragen werden. Dort, wo sich mittelbare Beeinträchtigungen als Eingriffe in familienrechtliche Unterhaltsansprüche darstellen, verbietet es die Bedeutung, die der Familiengemeinschaft als Existenzgrundlage zukommt, die Ersatzmöglichkeiten auf den Schaden des unmittelbar Verletzten zu beschränken. Das Dogma vom Gläubigerinteresse muß der Notwendigkeit weichen, familienrechtliche Bindungen in angemessener Weise zu berücksichtigen.

Entsprechendes gilt für die Drittschadensliquidation bei mittelbarer Stellvertretung: Auch hier verschafft ein Institut des objektiven Rechts - das Gewohnheitsrecht ist Bestandteil des objektiven Rechts - Billigkeitserwägungen Geltung, die sonst keine Berücksichtigung finden könnten. Angesichts der engen Beziehungen, die zwischen dem mittelbaren Vertreter und seinem Geschäftsherrn bestehen, ist eine formale Einzelbetrachtung unzureichend. Der mittelbar Vertretene und der für diesen Handelnde müssen - ebenso wie die Familiengemeinschaft - schadensersatzrechtlich insoweit als Einheit angesehen werden, als die sie verbindende Interessenverknüpfung reicht. Anerkennt man daher die rechtliche Relevanz des Rechtsinstituts der mittelbaren Stellvertretung überhaupt, dann kommt man auch nicht umhin, wie oben⁵⁵⁾ näher dargelegt, dem schadensersatzrechtlich dergestalt Rechnung zu tragen, daß man dem Dritten eine Ausgleichsmöglichkeit eröffnet. Die schadensersatzrechtlichen Konsequenzen, die sich bei der unmittelbaren Stellvertretung dadurch ergeben, daß alle Rechte und Pflichten von vorneherein in der Person des Vertretenen entstehen, müssen grundsätzlich auch im Rahmen der mittelbaren Stellvertretung erreicht werden.

Zusammenfassend läßt sich also folgendes festhalten: Würde dem fernwirkungsgeschädigten Unterhaltsberechtigten bzw. mittelbar Vertretenen eine Ausgleichsmöglichkeit versagt, würde

55) Siehe in diesem Teil, 2. Abschnitt, VI C 1 a aa, S. 241 f.

dies nicht dem Ziel entsprechen, das mit dem Dogma vom Gläubigerinteresse verfolgt wird: Der Kreis der Ersatzberechtigten soll in sinnvoller Weise begrenzt werden. Führt die strikte Anwendung dieses Prinzips jedoch dazu, daß der Schädiger ungerechtfertigt entlastet wird, ist es insoweit außer Kraft zu setzen.

In diesem Punkt unterscheiden sich die soeben aufgezeigten Ausgleichswege von den im folgenden zu behandelnden Ersatzmöglichkeiten. Abweichend von der Drittschadensliquidation bei mittelbarer Stellvertretung oder den gesetzlichen Schadensersatzansprüchen, die auf den Ausgleich mittelbarer Schäden gerichtet sind, handelt es sich bei diesen oben⁵⁶⁾ als zweitem und drittem Weg zusammengefaßten Ersatzformen nicht um schadensersatzrechtliche Ausnahmeregelungen; das Dogma vom Gläubigerinteresse wird nicht im eigentlichen Sinne durchbrochen. Vielmehr erfolgt bei der Geltendmachung von Rückgriffsansprüchen ebenso wie bei dem Ersatz eines koinzidierenden Haftungsinteresses der Ausgleich mittelbaren Schadens - unter Umständen in Verbindung mit zweckgerichteten Weiterentwicklungen der für die Schadensberechnung maßgeblichen Kriterien - mit Hilfe formal einwandfreier, im Gesetz vorgezeichneter ersatzrechtlicher Konstruktionen.⁵⁷⁾ Im Gegensatz zur oben dargestellten offenen Durchbrechung des Dogmas vom Gläubigerinteresse steht hier seine Umgehung in Frage. Es verhindert nicht von vorneherein einen Ausgleich, sondern bestimmt seine Grenzen.

Inwieweit solche Umgehungen zulässig sind, wurde oben jeweils dargestellt;⁵⁸⁾ im folgenden sollen die Grundgedanken dafür aufgezeigt werden, daß das Dogma vom Gläubigerinteresse einem Drittschadensersatz nicht entgegensteht.

56) Vgl. in diesem Abschnitt, IV, S. 334 f.

57) Das gilt auch dann, wenn - etwa zu Regreßzwecken - Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden.

58) Vgl. dazu insbesondere die Ausführungen zur bedingten Garantievereinbarung, die auf die Begründung eines koinzidierenden Haftungsinteresses allein zu Lasten eines Schädigers gerichtet ist, oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, III D 1 b, S. 128 ff.

Da mit den §§ 426, 255, 677 ff., 812 ff. BGB oder § 87a BBG sowie den anderen Bestimmungen, die eine cessio-legis anordnen, die Rückgriffsproblematik zumindest in Teilbereichen gesetzlich geregelt ist, soll diese am Anfang der Erörterungen stehen. Will man das Wesen des Rückgriffs und damit die diese Ausgleichsform beherrschenden Grundprinzipien erfassen, so muß man sich in erster Linie bewußt machen, daß mit seiner Hilfe umgesetzte Schäden ersetzt werden:⁵⁹⁾ Der Dritte ist allein deshalb mittelbar geschädigt, weil er an den primär Geschädigten eine Leistung erbracht hat, die auch der in Anspruch genommene Schädiger hätte erbringen müssen. So verlangt der Geschäftsherr von seinem Gehilfen, hat er für dessen Verhalten einzustehen, ebenso im Rückgriffsweg den Ersatz eines umgesetzten Schadens wie der zahlende Gesamtschuldner von dem Mitverpflichteten oder der Dienstherr von dem Beamten, für dessen zumindest grobfahrlässiges (vgl. § 78 Abs. 2 BBG) Fehlverhalten er nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG haftet.

Die Verletzung einer Amtspflicht wird dagegen dann nicht mehr zu einer Schadensumsetzung führen können, wenn die Reformbestrebungen zum Staatshaftungsrecht Gesetz werden sollten. Deren Ziel ist es nämlich, eine unmittelbare Haftung des Hoheitsträgers für eigenes Unrecht einzuführen.⁶⁰⁾ Eine Haftung des Amtswalters scheidet aus;⁶¹⁾ der Staat haftet primär.⁶²⁾ Die haftungsbegründende Pflichtverletzung ist nicht der Verstoß gegen eine dem Amtswalter von seiner Anstellungskörperschaft auferlegte Amtspflicht, sondern die Verletzung einer dem Hoheitsträger gegenüber dem Geschädigten obliegenden öffentlich-rechtlichen Pflicht.⁶³⁾ Die Staatshaftung ist dann nicht mehr übernommene Beamtenhaftung.

59) Vgl. dazu auch schon oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, V A 3, S. 157 ff.

60) Vgl. § 1 Abs. 1 StHGE = Kommissionsbericht S. 15.

61) Vgl. § 1 Abs. 3 StHGE = Kommissionsbericht S. 15.

62) Vgl. § 11 Abs. 2 StHGE = Kommissionsbericht S. 18 und dazu die Einzelbegründung a.a.O. S. 72.

63) Siehe hierzu die Einzelbegründung zu § 1 StHGE = Kommissionsbericht S. 72.

Aus der Tatsache, daß im Regreßwege nur umgesetzte Schäden auszugleichen sind, läßt sich folgendes schließen: Der schadensersatzrechtliche Rückgriff hat den Zweck, denjenigen die Einbußen, die infolge der Erfüllung einer - vorläufigen - Deckungspflicht beim Anspruchsteller entstanden sind, endgültig tragen zu lassen, der dazu im Innenverhältnis der Schuldner zueinander verpflichtet ist. Eine Rückgriffsmöglichkeit ist unter Umgehung der haftungsrechtlichen Systematik dort zu eröffnen, wo das schadensersatzrechtliche Grundprinzip deshalb zu einer ungerechten Schadensverteilung führt, weil der besonderen Struktur der Verpflichtetengemeinschaft nicht Rechnung getragen wird: Sind etwa ein Schädiger und die unterhaltspflichtigen Eltern bei der Verletzung eines Kindes - wenn auch auf unterschiedlicher Rechtsgrundlage - zur Schadensdeckung verpflichtet, so darf das Dogma vom Gläubigerinteresse eine Ersatzmöglichkeit für die leistenden Eltern nicht verhindern. Daß der Geschädigte seine Existenzgrundlage in einer Familie findet, darf dem Schädiger nicht dergestalt zugute kommen, daß er von einer Haftpflicht, damit letztendlich von der Einhaltung jeglicher Sorgfaltspflicht frei wird. Die Unterhaltsleistungen dürfen sich nicht als Versicherung für den Schädiger auswirken. Umgehungen des Dogmas vom Gläubigerinteresse sind dort zulässig, wo es, anstatt eine ungerechtfertigte Belastung des Schädigers zu vermeiden, wie es seinem Zweck entspricht, zu ungerechtfertigten Entlastungen führt.

Eine Sonderstellung nimmt insoweit nur § 255 BGB ein: Diese Bestimmung weist eine Sache, deren dingliche Zuordnung infolge einer erbrachten Ersatzleistung dem schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbot widerspricht, dem Leistenden ohne Rücksicht auf die Art und Weise seiner Beteiligung am Schadensereignis zu.⁶⁴⁾

Die damit für jeden Rückgriff entscheidende Frage, in welchem Verhältnis zwei Deckungspflichten zueinander stehen,⁶⁵⁾ läßt

64) Vgl. dazu ausführlich in diesem Teil, 2. Abschnitt, V D 5c bb, S. 224 ff.

65) Bei der einseitigen Regreßnorm des § 255 BGB erübrigt sie sich, da die neue dingliche Zuordnung auf den nicht besitzenden Leistenden immer vorgenommen werden muß.

sich auf zweierlei Weise beantworten: Darüber, wem als Rangbesserem eine Rückgriffsberechtigung zu eröffnen ist, kann zum einen das Gesetz eine Entscheidung enthalten; das ist etwa der Fall bei den cessio-legis-Bestimmungen oder bei § 843 Abs. 4 BGB, aber auch bei § 426 BGB. Der Gesetzgeber räumt grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen den Vorrang vor dem Dogma vom Gläubigerinteresse ein. Der leistende Gesamtschuldner soll im Innenverhältnis nur den Teil des Gesamtschadens endgültig tragen, der seinem Verursachungs- bzw. Verschuldensanteil entspricht; und auch der Arbeitgeber soll im Rahmen des § 4 Lohnfortzahlungsg mit dem Verdienstausschlagsschaden des Arbeitnehmers, der sich infolge der Lohnfortzahlung auf ihn umgesetzt hat, nicht endgültig belastet werden. Ebenso wie im Rahmen der Familiengemeinschaft, so soll auch hier die Sicherung des Geschädigten nicht zu einer Haftungsfreistellung des Schädigers führen.

Zum anderen kann sich das Rangverhältnis zweier Schuldner, deren Leistungspflichten auf die Deckung desselben Bedarfs gerichtet sind, aber auch aus einer wertenden Betrachtung des mit der jeweiligen Leistung verfolgten Zwecks ergeben. Dies ist z.B. bei der Gehaltsfortzahlung an Angestellte⁶⁶⁾ oder bei dem Zusammentreffen einer Schadensersatz - mit einer sonstigen Deckungspflicht⁶⁷⁾ zu beobachten. Arbeitgeber und Arbeitnehmer stellen sich ersatzrechtlich gesehen als Einheit dar; das Schadensersatzrecht ist - unter zulässiger Umgehung des Dogmas vom Gläubigerinteresse - der sozialen Wirklichkeit durch Ersatz dieses "Sozialschadens"⁶⁸⁾ anzupassen. Die mit der Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft verbundenen Vorteile dürfen allein dem Geschädigten zugute kommen. Würde man die Verflechtungen, die dem Schutz des Geschädigten dienen, nicht berücksichtigen,

66) Siehe hierzu oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, V D 1a, S. 196 ff.

67) Vgl. zu diesen Gestaltungen oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, V D 4, S. 213 ff.

68) Vgl. zu diesem Begriff Selb, Studie, S. 53, der mit ihm der Tatsache Rechnung will, daß der Schadensausgleich in einer Zeit zunehmender sozialer Sicherung nicht mehr allein von den konkreten Einbußen gerade des Verletzten ausgehen kann, sondern weitergehende Verflechtungen zu berücksichtigen hat.

ihnen mithin Wirkung auch zugunsten des Schädigers zukommen lassen, so würde dies dazu führen, daß schädigende Handlungen - zu Lasten der Gemeinschaft, die soziale Sicherheit gewährleistet - im Regelfall keine Ersatzpflicht mehr nach sich ziehen würden. Soziale Sicherung darf nicht zur Folge haben, daß der einzelne von der Pflicht befreit wird, die für ein Zusammenleben in einer Gemeinschaft unerläßlichen Sorgfaltsanforderungen zu beachten.

Zusammenfassend ist folgendes festhalten: Das Dogma vom Gläubigerinteresse steht dann einem Ausgleich umgesetzter Schäden im Regreßwege nicht entgegen, wenn dies Sinn und Zweck der der Umsetzung zugrundeliegenden Leistung erfordern, diese sich mithin als notwendige Existenzsicherung für den Geschädigten, nicht dagegen als Versicherung für den Schädiger darstellt und wenn keine ungerechtfertigten Mehrbelastungen des Schädigers eintreten. Denn dort, wo es zu einer Schadensvervielfältigung kommt, wird der Ausgleich mittelbaren Schadens unzulässig. Ein Rückgriff wird daher regelmäßig zu eröffnen sein, wenn der Drittgeschädigte, etwa als Sozialversicherungsträger, auf seiten des Verletzten steht und damit nur zu dessen Gunsten leistet: Soziale Sicherung darf nicht dazu führen, den Schädiger zu entlasten. Dagegen wird ein Regreß dann nicht stattfinden, wenn der Drittleistende im Interesse eines Schädigers Aufwendungen macht; denn bezweckt die Leistung etwa einer Haftpflichtversicherung, den Schädiger von einer Haftung freizustellen, so würde die Erreichung dieses Ziels unmöglich, könnte der Drittleistende gegen den Schädiger vorgehen. Treffen zwei Schädiger zusammen, so hat ein Ausgleich im Rückgriffswege dann stattzufinden, wenn der eine im Innenverhältnis - im Außenverhältnis sind sie regelmäßig, d.h. solange ein endgültiger Verlust aufzuteilen ist, als Gesamtschuldner verpflichtet⁶⁹⁾ - für den anderen mitgeleistet hat, ohne daß dieser jedoch von einer grundsätzlichen Schadenstragungspflicht freigestellt werden sollte⁷⁰⁾.

69) Siehe hierzu ausführlich in diesem Teil, 2. Abschnitt, V D 5 c bb, S. 244 ff.

70) Vgl. zur relativierten Erfüllungswirkung der Leistung eines Gesamtschuldners oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, V C 2 b cc, S. 185.

Auf die Geltung des oben gefundenen Grundsatzes ist es ohne Einfluß, mit Hilfe welcher "technischer Mittel" im Einzelfall eine Regreßberechtigung begründet wird, ob sie also - möglicherweise aus Zweckmäßigkeitserwägungen - auf einem eigenen oder aber auf einem rechtsgeschäftlich abgetretenen bzw. kraft Gesetzes übergegangenen Anspruch beruht. Das gilt auch insoweit, als der Dritte auf der Grundlage der §§ 677 ff., 812 ff. BGB gegen den eigentlich Verpflichteten vorgeht. Denn auch für das Bestehen dieser insgesamt außerhalb des Schadensersatzrechts stehenden Rückgriffsmöglichkeiten ist allein der Zweck der erbrachten Leistung maßgeblich. Dieser ergibt sich aus dem Willen des Drittleistenden: Er will entweder ein fremdes Geschäft führen oder aber den eigentlich Verpflichteten ohne rechtlichen Grund bereichern⁷¹⁾.

Die Erwägung, daß dann, wenn es nicht dem Zweck der Leistung des Dritten entspricht, den Schädiger zu entlasten, nicht der Drittleistende, sondern der Schädiger letztlich den Schaden tragen soll, erlangt auch in den Fällen einer obligatorischen Entlastung des in haftungsbegründender Weise Verletzten Bedeutung. Das Dogma vom Gläubigerinteresse darf auch hier nicht dazu führen, den Schädiger auf Kosten des Dritten ungerechtfertigt zu entlasten. Zwar soll der obligatorisch Entlastete vor einer Inanspruchnahme durch seinen Gläubiger geschützt werden. Es ist jedoch kein Grund ersichtlich, der es als billig erscheinen ließe, den Schädiger an diesem Schutz, der allein der besonderen Interessenlage im Gläubiger-Schuldner-Verhältnis Rechnung tragen soll, teilhaben zu lassen und ihn von einer Ersatzpflicht freizustellen. Der Schadensersatzanspruch des Erstverletzten gegen den Schädiger muß entstehen bzw. bestehen bleiben, obwohl der Anspruch des Dritten untergeht bzw. dieser auch ohne Erhalt der geschuldeten Leistung weiterhin zur Erbringung der versprochenen Gegenleistung verpflichtet ist.⁷²⁾

71) Da dann, wenn der Leistende nur an zweiter Stelle verpflichtet ist und auf seine Schuld leistet, weder eine Mitteilungs- noch eine Vorteilsanrechnung stattfindet, und somit derjenige, der den Schaden letztendlich zu tragen hat, nicht von seiner Verbindlichkeit frei wird, kann eine Eingriffskondition als Rückgriffsgrundlage nicht in Betracht kommen; vgl. dazu auch schon oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, V D 3 b aa, S. 210 f.

Die Abtretung dieses Anspruchs eröffnet dem Dritten eine Ersatzberechtigung, die es ihm erlaubt, seinen mittelbaren Schaden auf den Schädiger abzuwälzen; eine Durchbrechung der haftungsrechtlichen Systematik findet dabei im Gegensatz zu der bei obligatorischer Entlastung abzulehnenden Drittschadensliquidation nicht statt. Die Umgehung des Dogmas vom Gläubigerinteresse ist insoweit zulässig; das Dogma ist ein Schutzprinzip zugunsten des Schädigers, hat jedoch nicht zum Ziele, in erster Linie zu Lasten Dritter zu wirken. Greift, wie vorliegend, sein Schutzzweck nicht ein, ist es umgebar; einer besonderen Fallgestaltung kann ersatzrechtlich Rechnung getragen werden, obwohl sie im Gesetz keine Berücksichtigung gefunden hat.

Entsprechendes gilt für die Abwälzung des mittelbaren Schadens eines Dritten, die durch die Geltendmachung eines koinzidierenden Haftungsinteresses ermöglicht wird; wie oben⁷³⁾ dargelegt, führt auch diese Drittschutzform, soweit sie als zulässig anerkannt werden kann, nicht zu einer Durchbrechung haftungsrechtlicher Grundprinzipien; das Dogma vom Gläubigerinteresse ist - auch in Teilbereichen - nicht außer Kraft gesetzt, sondern wird - auf der Grundlage im Gesetz vorgezeichneter Ersatzmöglichkeiten - in statthafter Weise umgangen.⁷⁴⁾

Der grundlegende Unterschied zwischen der Belastung eines Schädigers mit dem mittelbaren Schaden eines Dritten im Regreßwege oder auch bei obligatorischer Entlastung und

72) Vgl. dazu oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, VI C 1c cc, S. 261 ff.

73) Vgl. in diesem Teil, 2. Abschnitt, III A, S. 110 f.

74) Das gilt auch für die Fälle, in denen eine bedingte Garantievereinbarung als zulässig anzusehen ist, in denen sie also Regreßzwecken dient, in denen es mithin gilt, Ausgleich für eine Leistung zu ermöglichen, die nur dem Geschädigten, aber nicht dem Schädiger zugute kommen soll, oder in denen eine drittschadensliquidation und damit auch eine Durchbrechung zulässig sein würde (vgl. oben in diesem Teil, 2. Abschnitt, III D 1b, S. 128 ff.); eine bedingte Garantievereinbarung zur Abwälzung mittelbaren Schadens wird man im letzten Fall also bei mittelbarer Stellvertretung als unbedenklich anzusehen haben; für die übrigen Fallgestaltungen, bei denen von der h.M. eine

der durch die Geltendmachung eines koinzidierenden Haftungsinteresses ist jedoch in folgendem zu sehen: Im Rahmen des Ausgleichs eines Koinzidenzinteresses ist der Dritte dem Ersatzberechtigten gegenüber unmittelbar geschädigt; er vermag seinen Schaden auf diesen abzuwälzen. Ob und inwieweit der eigentliche Schädiger in Anspruch genommen werden kann, ist für ihn regelmäßig ohne Bedeutung. Der Schaden des Dritten wird erst zu dem des Ersatzberechtigten, bevor er als dessen unmittelbarer Schaden auf den Schädiger übertragen werden kann. Dies hat zur Folge, daß das Dogma vom Gläubigerinteresse dem Ausgleich nicht entgegensteht: Nach dem Prinzip der Totalrestitution, das grundsätzlich für alle Schäden eine Ersatzpflicht begründet, die bei dem in haftungsbegründender Weise Verletzten verursacht werden,⁷⁵⁾ sind vielmehr auch solche umgesetzte Schäden auszugleichen. Das Schadensersatzrecht statuiert damit selbst eine Möglichkeit, unter Umgehung des Dogmas vom Gläubigerinteresse den mittelbaren Schaden eines Dritten in die Ersatzpflicht des ursprünglichen Schädigers miteinzubeziehen. Nach der gesetzlichen Wertung kommt insoweit dem Prinzip der Totalrestitution absoluter Vorrang vor dem Dogma vom Gläubigerinteresse zu. Ein Ausgleich ist allein von den Grundsätzen abhängig, die auch in den sonstigen Fällen eines ersatzrechtlichen Zweipersonenverhältnisses Anwendung finden.⁷⁶⁾

Eine Ausnahme besteht insoweit nur bei der Vereinbarung einer bedingten Garantiehaftung oder einer mit relativer Wirkung ausgestatteten Haftungsbeschränkung. Denn hier wird bewußt am Dogma vom Gläubigerinteresse manipuliert bzw. auf dessen Umgehung hingearbeitet; das Prinzip der Totalrestitution wird bewußt dazu eingesetzt, den Schädiger auch den mittelbaren Schaden eines Dritten tragen zu

Drittschadensliquidation zugelassen wird, stehen bessere (bei Treuhand und Verletzung von Obhutspflichten hat der Dritte einen eigenen Anspruch) oder zumindest gleichwertige Lösungen (so bei obligatorischer Entlastung) zur Verfügung.

75) Vgl. dazu auch im ersten Teil, III C, S. 7 f.

76) Siehe hierzu auch schon in diesem Abschnitt, II, S. 320.

lassen. Zulässig sind diese Umgehungen - wie auch oben dargestellt - wiederum nur dann, wenn der Sinn und Zweck des Dogmas von Gläubigerinteresse nicht entgegensteht, wenn also schützenswerten Belangen des Dritten Rechnung getragen werden soll, ohne daß es dabei zu ungerechtfertigten Belastungen des Schädigers kommt.

V. Schlußbetrachtung: Das Prinzip des Drittschadensersatzes

Bei der Suche nach den gemeinsamen Grundgedanken des Drittschutzes haben die Erwägungen, die auf der ersten Drittschutzebene - Ersatz unmittelbaren Schadens -⁷⁷⁾ Geltung beanspruchen, aus den Überlegungen auszuschneiden. Es gibt hier kein besonderes Prinzip des Drittschadensersatzes. Der Ausgleich der beim Dritten verursachten Einbußen stellt sich - ebenso wie die Abwälzung mittelbaren Schadens als koinzidierendes Haftungsinteresse - als Bestandteil des ersatzrechtlichen Systems dar.

Will man die Gemeinsamkeiten erfassen, die zwischen den Erwägungen bestehen, die einerseits auf der zweiten Drittschutzebene eine Abweichung von der konkreten gesetzlichen Ausgestaltung des Deliktsrechts⁷⁸⁾ und andererseits - auf der dritten und letzten Drittschutzebene - eine Durchbrechung bzw. Umgehung des Haftungssystems, d.h. in erster Linie des Dogmas vom Gläubigerinteresse gestatten⁷⁹⁾, hat man von folgendem auszugehen. Die insoweit relevanten Drittersatzberechtigungen werden dadurch gekennzeichnet, daß der durch sie geschützte Personenkreis gegenüber anderen zwar in gleicher Weise geschädigten, jedoch nicht ersatzberechtigten Dritten eine derart herausgehobene Stellung einnimmt, daß eine formale Einzelbetrachtung, wie sie den Regelfall des Schadensersatzrechts darstellt, als unzureichend erscheint. Diese Sonderstellung ergibt sich einerseits daraus, daß der

77) Vgl. dazu oben in diesem Abschnitt, II, S. 319 ff.

78) Vgl. dazu oben in diesem Abschnitt, III, S. 325 ff.

79) Siehe hierzu oben in diesem Abschnitt, IV, S. 334 ff.

bevorzugte Dritte infolge der Eingliederung in eine Betriebsgemeinschaft⁸⁰⁾ oder in eine Familie⁸¹⁾, durch Inobhutgabe einer Sache oder als letzter Abnehmer in einer Absatzkette, als mittelbar Vertretener oder als derjenige, der bei obligatorischer Entlastung die Gefahr zu tragen hat, in erhöhtem Maße schutzbedürftig wird. Andererseits ist sie darauf zurückzuführen, daß der Drittgeschädigte in Erfüllung der sich aus einem Schutzverhältnis ergebenden Pflichten an einen Geschädigten Leistungen erbringt, die an sich der Schädiger zu erbringen hätte;⁸²⁾ letzterer soll aus Aufwendungen eines Dritten für die er keine Gegenleistung erbracht hat, auch keine Vorteile ziehen.

Es ist mithin bei der Entscheidung, ob der dritte Anspruchsteller ersatzberechtigt ist, den engen Verknüpfungen zwischen verschiedenen Rechtssphären Rechnung zu tragen, wie dies auch teilweise im Gesetz - für die Familiengemeinschaft etwa in den §§ 844, 845 BGB - vorgezeichnet ist. Der Schädiger soll durch ihr Vorliegen nicht ungerechtfertigt, d.h. unter Mißachtung der mit ihnen verbundenen Gerechtigkeitsvorstellungen begünstigt werden.

Weiterhin ist zu beachten, daß weder die haftungsrechtliche Systematik noch die gesetzliche Ausgestaltung eines Schadensersatzanspruchs dann eine Drittersatzmöglichkeit verhindern dürfen, wenn dies dazu führen würde, einen Schädiger dort, wo dies vom Gesetz weder intendiert noch in Kauf genommen worden ist, von der Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu befreien.

80) Dies erlangt in erster Linie Bedeutung für den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte; vgl. etwa den Capuzol-Fall BGH NJW 1959, 1676, 1677.

81) Auch insoweit ist einerseits auf den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte zu verweisen; vgl. etwa BGHZ 24, 325, 327 oder BGHZ 61, 227, 233; andererseits ist insbesondere der Ersatz des Unterhaltsschadens nach den §§ 844, 845 BGB anzuführen.

82) So insbesondere beim Regreß des Lohnfortzahlenden, des Unterhaltsleistenden oder des Versicherers, aber auch bei dem des leistenden Gesamtschuldners.

Daß ein Eingreifen des Gesetzgebers notwendig wäre, um die verschiedenen Drittschutzformen abschließend zu regeln, wie das schon in weitem Umfang und zumal in den wichtigsten Fällen eines Drittschadensausgleichs geschehen ist, hat man trotz ihrer Vielzahl zu verneinen. Nur dadurch, daß - insbesondere in Grenzfällen - die Eröffnung eines Drittschutzes der Disposition von Lehre und Rechtsprechung überlassen bleibt, besteht die Möglichkeit, die jederzeit in einem Wandel begriffenen Gerechtigkeitsvorstellungen schadensersatzrechtlich zu berücksichtigen; allein auf diese Weise wird gewährleistet, daß das Ersatzrecht, mit dessen Rechtsinstituten grundsätzlich jede Art eines Drittschutzes verwirklicht werden kann, dynamisch erhalten wird.

Lebenslauf

Am 7. Oktober 1950 wurde ich als zweites von drei Kindern des Dr. jur. Wolfgang Hönig und seiner Ehefrau Anneliese, geb. Wetterhahn in Bayreuth geboren.

Im Jahre 1957 übersiedelte ich mit meinen Eltern nach Würzburg. Dort setzte ich bis zum Jahre 1960 den Volksschulbesuch fort und trat anschließend in das Realgymnasium ein. Im Jahre 1962 wechselte ich an das Albert-Einstein-Gymnasium in München über. An dieser Schule legte ich im Frühjahr 1969 die Reifeprüfung ab.

Im Wintersemester 1969/70 schrieb ich mich an der juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München ein. Nach achtsemestrigem Studium meldete ich mich beim Landesjustizprüfungsamt zur ersten juristischen Staatsprüfung, die ich im Januar 1974 ablegte. Seit März 1974 stehe ich im Vorbereitungsdienst auf das zweite juristische Staatsexamen.

